

Professor, dr. jur. Hjalte Rasmussen.
Den 23. februar 2009

RESPONSUM
om *Metock*-dommen¹.
Suverænitetsspekter af dommen i forhold til grundlovens § 20.

1. Responsumets afgrænsning og redaktion.

Dansk Folkeparti² har bedt mig skrive et juridisk responsum, som undersøger,

om EF-domstolen overskred de til EU af Danmark i henhold til grundlovens § 20 overladte beføjelser, da den i *Metock*-dommen anså sig selv og Fællesskabet for kompetent til at regulere, hvorvidt tredjelandstatsborgere, der er familiemedlemmer til en unionsborger, der slår sig ned i en anden medlemsstat end sin hjemstat, har (1) en EU-ret til indrejse og ophold i værtsmedlemsstaten, uden at det er nødvendigt at sondre mellem, om vedkommende allerede har opholdt sig lovligt eller ikke i en anden medlemsstat og (2) ret til at drage fordel af direktiv 2004/38's bestemmelser, uanset hvor og hvornår unionsborgerens og tredjelandstatsborgerens ægteskab blev indgået, og uanset hvorledes tredjelandstatsborgeren er indrejst i værtsmedlemsstaten.

Responsumet er bygget således op: Afsnit 2 sammenfatter kort *Metock*-dommens faktiske og retlige kernespørgsmål. Afsnit 3 placerer *Metock*-dommen i kontekst af det generelle og kontroversielle spørgsmål om EF-domstolens definition af sin egen rolle i EU's integrationsprojekt – og udførelsen af denne. Afsnit 4 fortæller kort om kunsten at læse EF-domme. Afsnit 5 gennemgår nøje hvert enkelt af EF-domstolens mange begrundelser for *Metock*-resultatet. Afsnit 6 påviser, at dommene i *Carpenter* og *Singh* ikke var fortilfælde for *Metock*. Afsnit 7 vurderer mere i almindelighed teknikkerne bag afsigelsen af forfatningsskabende domme, tendensen til og definitionen af aktivisme. Afsnit 8 konkluderer, at *Metock* overtrådte attributionsprincippet ved at lægge til grund, at Fællesskabet var enekompetent til at lovgive om, hvorvidt relevante tredjelandstatsborgere skal have haft et forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat, for at opnå ret til ophold i værtsstaten.

Et par steder er der brede margener. Fodnoter anvendes også en del. De fleste indeholder rene kildeangivelser, andre tillige tekst og vurderinger. De redaktionelle forskelle letter læsningen af fremstillingens hovedspor.

¹ Domstolens dom i sag C-127/08, *Metock*, kan findes på curia.europa.eu/da/transitpage.htm.

² Ved hr. Morten Messerschmidt MF.

2. Metock-dommens faktiske og retlige problemer i sammenfatning³.

Den senere fru Metock, der var født og opvokset i Cameroun og var statsborger dér, indtil hun opnåede britisk statsborgerskab, tog i 2006 som vandrende EU-arbejdstager arbejde i Irland. I 1994 havde hun under en rejse i Cameroun mødt hr. Metock, med hvem hun siden havde stået i et fast forhold. Sammen fik de to børn, inden de den 12. oktober 2006 giftede sig, hvilket skete efter hans indrejse i Irland den 23. juni 2006. Og efter, at de irske immigrationsmyndigheder havde afslået hans ansøgning om asyl. Den nationale domstol havde i sin forelæggelseskendelse fastslået, at ægteskabet ikke handlede om rettighedsmisbrug⁴.

Det var ligeledes ubestridt, at fru Metock var berettiget til at nyde alle EU-rettigheder, som gælder til fordel for arbejdskraftens fri bevægelighed. Disse regler stod dels og oprindeligt i artikel 48f i EØFT, der nu er artikel 39f i Nicetraktaten; og dels i den konsoliderede, afledte ret i Direktiv 2004/38 samt i de mange, i tiden før denne retsakt udstedte forordninger, direktiver og EF-domme. Et repræsentativt udpluk, inklusive deres findesteder i domssamlingen, af de sidste 10-15 års retspraksis findes i fodnote 5⁵.

Sagen skulle kortlægge indhold og rækkevidde af EU- rettighederne til fordel for de relevante tredjelandsstatsborgere. I årtiernes løb havde ikke blot Fællesskabets politiske lovgivere, men tillige EF-domstolen med tvivlsom hjemmel bidraget til at forbedre disse rettigheder.

³ Sagen angik et større antal lignende situationer, hvoraf fokus i det følgende for enkelthedsens skyld er på ægteskabet mellem fru og hr Metock.

⁴ Derfor omtaler fremstillingen i et følgende ikke de præmisser, hvori Domstolen diskuterer dette og dermed beslægtede problemer (navnlig præmisserne 71f).

⁵ Et repræsentativt udpluk i alfabetisk rækkefølge af denne retspraksis fra de seneste 10-15 år er: Unionsborgerskab: Sag C-109/01, *Akrich*, Saml.2003, s. I-9607; Sag C-413 199, *Baumbast*, Saml. 2002, s.I-7091; Sag C-60/00, *Carpenter*, Saml. 2002, s.I-62/79;Sag C-200/02, *Chen*, Saml. 2004, s.I-9925; SagC-209/03, *Dany Bidar*, Saml. 2005, s.I-2119; Sag C-224/98, *D'Hoop*, Saml. 2002, s.I-6191; Sag 267/83, *Diatta*, Saml. 1985, s. 567; Sag C-348/96, *Donatella Calfa*, Saml. 1999, s.I-11; Sag C-291/05, *Eind*, Saml 2007, s.I-10719; Sag C-184/99, *Grzelczyk*, Saml. 2001, s.I-6193; Sag C-1/05, *Jia*, Saml 2007, s.I-1; Sag C-408/03, *Kommissionen mod Belgien*, Saml 2006, s.I-2647; Sag C-505/03, *Kommissionen mod Spanien*, Saml 2006, s.I-1097; Sag C-157/03, *Kommissionen mod Spanien*, Saml 2005, s.I-2911; Sag C-441/02, *Kommissionen mod Tyskland*, Saml. 2006, s.I-2449;Sag C-127/08, *Metock*, Saml 2008, s.I-(dom af 25. juli 2008; curia.europa.eu/da/transitpage.htm); Sag C-459/99, *MRAX*, Saml 2002, s.I-6591; Sag C-100/01, *Olazabal*, Saml. 2002, s.I-10981; Sag C-551/07, *Sahin*, Saml. 2008, s.I..(dom af 19. december 2008; curia.europa.eu/da/transitpage.htm); Sag C-85/96, *Sala*, Saml. 1998, s. 2691; Sag C-370/90, *Singh*, Saml. 1992, s.I-4265.

Arbejdskraft og fri bevægelighed: Sag C-281/98, *Angonese*, Saml. 2000, s.I-4139; Sag C-292/89, *Antonissen*, Saml. 1991, s.I-745; SagC-415/93, *Bosman*, Saml. 1995, s.I-4921; Sag 197/86, *Brown*, Saml. 1988, s. 3205; Sag C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Saml.1998, s.I-2521; Sag C-1 38/02, *Collins*, Saml. 2004, s.I-2703; de forenede sager C-64196 og C-65196, *Jacquet*, Saml. 1997, s.I-317; Sag 139/85, *Kempf*, Saml. 1986., s.1741; Sag C-464/02, *Kommissionen mod Danmark*, Saml 2005, s.I-7929; Sag 53/81, *Levin*, Saml, 1982, s. 1035; Sag C-237/94, *O'Flynn*, Saml. 1996, s. I-2617; Sag C-357/89, *Raulin*, Saml 1992, s.I-1027; Sag C-279/93, *Schumacker*, Saml. 1995, s.I-225; Sag C- 15/96, *Schöning-Kougebetopoulous*, Saml. 1998, s.I-41; Sag 196/87, *Steymann*, Saml. 1988, s.6159; Sag C-456/02, *Trojani*, Saml. 2004, s.I-7573; Sag C-190/98, *Volker Graf*, Saml. 2000, s.I-493.

Efter ægteskabets indgåelse søgte hr. Metock på ny om lovligt ophold i Irland, nu med henvisning til, at han var gift med en unionsborger og derfor anså sig for omfattet af de afledte EU-retsvirkninger til fordel for familiemedlemmer. Imidlertid, da han forud for sin indrejse i Irland ikke havde haft lovligt ophold i en anden medlemsstat, afslog de irske immigrationsmyndigheder ansøgning nr. 2. Det skete med henvisning til et krav i irsk ret om forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat. Irenne mente, at EU-reglerne, inklusive direktiv 2004/38, tillod medlemsstaterne at stille denne betingelse. De irske myndigheder antog tillige, at medlemsstaterne var enekompetente til at ændre en ulovlig udlændings status til lovlig.

Afslag nr. 2 indbragte ægtefællerne for de irske domstole. Den irske Højesteret kom i tvivl om rette fortolkning af de relevante EU-regler og valgte derfor at indlede et præjudicielt samarbejde med EF-domstolen i henhold til artikel 234. Sagen skulle primært svare på, om direktiv 2004/38 under de anførte omstændigheder gav hr. Metock ret til lovligt ophold i Irland. Det juridisk vigtigere spørgsmål var imidlertid det bagved liggende kompetencespørgsmål. Det ville jo ikke gå væk, selv om Domstolen måtte finde en hjemmel i direktivet for at give hr. og fru Metock medhold.

I sin dom af den 25. juli 2008 sagde EF-domstolen, at hr. Metock, der altså utvivlsomt var et familiemedlem uden relevant lovligt ophold, alligevel havde en EU-ret til ophold i Irland efter indgåelsen af ægteskabet. Det svar vakte blandt andet i Danmark betydelig mediemæssig, politisk og juridisk opmærksomhed. Stor var overraskelsen ikke mindst over, at Domstolen i *Metock* valgte ikke at rette sig efter sin egen ældre *Akrich*-retspraksis, der uden for enhver tvivl gjorde forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat til en betingelse for at nyde godt af direktiv 2004/38's regler. Mange danske kommentatorer anså det herefter for vanskeligt at opretholde Danmarks udlændingepolitik siden 2001 i uforandret omfang. Andre mente det ville være helt umuligt. Synspunktet, at *Metock* var en ulovlig dom⁶, kom også stærkt til orde i den danske offentlige og faglige debat.

Imidlertid, dersom reglerne eller en dom nu bestemte noget, som retligt ikke holdt sig inden for de overladte beføjelser, åbnede en helt ny vinkel på *Metock* sig. Det var en aktualisering af den undtagelse, som Højesteret formulerede i dommen i sagen om Maastricht-ratifikationen. Her tilkendegav Højesteret, at danske domstole ikke har ubetinget pligt til at håndhæve en EU-regel, der ifølge Højesterets bedømmelse mangler hjemmel i traktaten, fordi den er udstedt uden for rækkevidden af de beføjelser, som Danmark i årenes løb har overladt iht. § 20⁷.

Metock-dommen oplyste i øvrigt, at ”flere” af de elleve i sagen deltagende medlemsstater i deres indlæg havde insisteret på, at de (og ikke Fællesskabet) var enekompetente til at vedtage bestemmelser om ”den første adgang til Fællesskabets område” for en tredjelandstatsborger, der er familiemedlem (præmis 66). Samme standpunkt havde EF-domstolen jo som allerede sagt selv indtaget i *Akrich* fra 2003⁸.

⁶ Se om terminologi slutningen af afsnittet.

⁷ Højesteret fastslog i samme åndedræt, at før en afgørelse om ikke-håndhævelse kan træffes, skal EF-domstolen have haft mulighed for at give sit besyv med om den omstridte retsakts hjemmelsproblemer. Det siger sig selv. UfR 1998 800 H.

⁸ Denne doms præmis 58 og nfr. 5.4, 5.6 og 5.8.

Ingen af de øvrige, deltagende medlemsstater, eller Kommissionen, argumenterede ifølge dommens oplysninger for det modsatte eller blot for noget andet. Inden EF-domstolen afsagde sin dom, havde retten hørt generaladvokat Miguel Maduros forslag til afgørelse i sagen. Hvad Generaladvokaten foreslog Domstolen, er ikke kendt. Hans forslag til afgørelse er ikke offentliggjort, mens dette skrives⁹.

3. Metock-dommen i kontekst af det generelle og kontroversielle spørgsmål om EF-domstolens definition af sin egen rolle.

Metock-dommen afsluttede en sag, hvorunder High Court (Irland) havde forelagt to præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen i henhold til artikel 234, som regulerer samarbejdet mellem Domstolen¹⁰ og de nationale domstole om opklaring af vanskelige EU-retlige fortolkningsproblemer. Begge spørgsmål berørte nogle centrale temaer vedrørende kompetenceafgrænsningen mellem medlemsstaterne og deres union. Specielt spurgte High Court om, hvor omfattende de afledte rettigheder er, som Fællesskabet med hjemmel i sine overførte beføjelser¹¹ kan tillægge tredjelandstatsborgere, der er familiemedlemmer til unionsborgere, som bevæger sig frit og tager ophold inden for Fællesskabet i medlemslande, hvor de ikke er statsborgere (de omtales i det følgende for kortheds skyld som ”relevante tredjelandstatsborgere”).

Med sit første spørgsmål ville High Court vide, om Irland lovligt ifølge EU-reglerne kan stille som betingelse for at give en relevant tredjelandstatsborger opholdstilladelse, at han har haft lovligt ophold i en anden medlemsstat, inden ankomsten til Irland? Det andet spørgsmål fra den irske højesteret lød, om forhold i forbindelse med ægteskabet på nogen måde EU-retligt kunne influere på tredjelandstatsborgerens ret til at nyde EU-fordelene; det kunne være med hensyn til stedet for ægteskabets indgåelse eller om tredjelandstatsborgeren forud for ægteskabets indgåelse var indrejst i Irland. Dette responsum besvarer kun det første af disse spørgsmål, fordi det andet bortfalder som følge af den bekræftende besvarelse af det første.

Det er en særlig vigtig baggrund for udviklingen over de følgende sider at forstå, at attributionsprincippet, som er nedfældet i traktatens artikel 7, er EU's mest grundlæggende norm for kompetencefordelingerne mellem medlemsstaterne og deres Fællesskab. Ifølge dette princip, som undertiden også omtales som princippet om de tildelte kompetencer, har Fællesskabet kun de beføjelser, som medlemsstaterne ved traktaterne har overført til det. Kan

⁹ Forklaringen herpå er, at *Metock* blev gennemført som en hasteprocedure, der er hjemmel til i Domstolens Statut. Hvor denne procedure sættes i værk, skal generaladvokaten i sagen fremsætte sit forslag til afgørelse. Det skal dog ikke ske skriftligt, som det er foreskrevet under normale omstændigheder. Blandt andet derfor skal forslag fremsat under en hasteprocedure ikke offentliggøres – igen modsat normal fremgangsmåde.

¹⁰ Det er kutyme at skrive *Domstolen*, så det ser ud, som om dens domme var enigt afsagte af de i den enkelte sag deltagende dommere. For en ordens skyld tilføjes derfor her, at der bag en domsfacade, som ikke røber, om dommerne delte sig i fler-og mindretal, meget vel kan skjule sig alvorlig uenighed om såvel begrundelse som resultat. Deltager for eksempel tretten dommere i pådømmelsen af en sag, kan resultatet have været en syv-seks afgørelse. Det er dog ikke til at se, fordi der gælder et dissensforbud.

¹¹ Herom gælder attributionsprincippet eller at Fællesskabets institutioner ikke må handle uden for de beføjelser, traktaterne har tillagt dem, artikel 7; se mere straks nedenfor.

det ikke juridisk godtgøres, at en kompetence på et givet område er overført, ligger den hos medlemsstaterne.

Det er dybest set denne problemstilling, som *Metock*-dommen og derfor dette responsum handler om: Havde det i sagen omstridte direktiv 2004/38 (således som Domstolen forsøgte at redegøre for i *Metock*) vilje til at ophæve betingelsen om, at de relevante tredjelandstatsborgere skal have haft et forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat, før de opnår ret til ophold i værtsstaten? Hvis ja, overtrådte lovgiveren da sine beføjelser ved at udstede direktivet? Burde Domstolen i stedet for blot at godkende/rekonstruere det, have ophævet direktivets omdiskuterede retsvirkninger, fordi de var traktatstridige? Alternativt, dersom lovgiver ikke tilsigtede at stille spørgsmålstegn ved lovligheden af Fællesskabets egne og/eller nationale forudgående-ophold-betingelser, var det da Domstolen, som ved sin rekonstruktion af direktivet gjorde sig skyldig i en retsstridig kompetenceovertrædelse?

Følgende to grænseoverskridende domme fra et par andre retsområder tjener på dette tidlige sted i fremstillingen til at belyse, hvad den juridiske essens af *Metock* også handlede om. Det er dommene i henholdsvis *Giagounidis*¹² og *Mangold*¹³.

Dommen i *Giagounidis* illustrerer meget enkelt aktivismen i spil. Den handlede om en ung græker, som ikke ville gøre militærtjeneste. De græske myndigheder ville derfor holde ham inden for rækkevidde; de forbød ham at forlade landet; og de nægtede ham med det for mål for øje et pas. I stedet udstyrede de ham i stedet med et opholdsbevis, der tillod ham en ret begrænset bevægelighed inden for Grækenlands grænser. Alligevel slap han ud af landet og ind i Tyskland. Her opstod nu spørgsmålet om tyskerne kunne nægte ham et EU-opholdsbevis, fordi han med det identitetsbevis, han havde, slet ikke burde have været lukket ind i landet. I spil var således i forhold til Grækenland herre-og-tjener forholdet omkring militærtjenesten, der mere end noget andet symboliserer statsborgerens pligter i forhold til sit fædreland. På den anden side var der EU-reglerne om den fri personbevægelighed. Domstolen dømte, at de sidste havde forrang for det første tilhørsforhold. For at nå det resultat måtte Domstolen handle imod og uden hjemmel i alle skrevne EU-retsregler, herunder det under sagen mest relevante direktiv 68/360¹⁴. Det forekom mange at være en uacceptabel EF-judiciel rolleudførelse at prioritere på den måde, specielt når hjemmel næppe fandtes for Domstolens resultat.

En anden, arbitrær og efter alt at dømme retsstridig EU-dom vakte for nylig øget EU-modstand, nu i Tyskland. Det er dommen i *Mangold*¹⁵, der greb dybt ind i arbejdsmarkedspolitikken, som er et område af samfundslivet, der er domineret af medlemsstatslige enekompetencer. EU-reglen havde

¹² Sag C-376/89, Saml. 1991, s. I-1069.

¹³ Sag C-144/04, Saml. 2005, s. I-9981.

¹⁴ Omtalt hos C. Jacqueson, ikke-trykt PhD-afhandling (februar 2003) med titlen: The European Court of Justice's Strategy for European Community Integration. A case Study in the Field of Free Movement of Persons., ss. 87-88.

¹⁵ Sag C-144/04, *Mangold*, Saml. 2005, I-9981.

formentlig hjemmel i traktatens regler om forbud mod aldersdiskrimination. På tysk rets sagligt set meget velbegrundede regler om beskyttelse af ældre medarbejdere mod for tidlig udelukkelse fra arbejdsmarkedet virkede EF-indgrebet imidlertid modsat ved snarere at fremskynde end udsætte deres udstødelse. EU-reguleringen affødte en usædvanlig protestaktion i skikkelse af en skarpt formuleret EF-domstols-kritik i Frankfurter Allgemeine Zeitung. Bemærkelsesværdigt er, at den ene af artiklens forfattere er Tysklands forhenværende forbundspræsident og præsident for Forfatningsdomstolen, Roman Herzog; den anden forfatter er hr. Lüder Gerken, leder af Centrums für Europäische Politik. I artiklen opfordrede de Den Tyske Forfatningsdomstol til at dømme, at den ikke vil medvirke til at håndhæve *Mangold* på tysk territorium. I et interview et par uger senere tilsluttede Tysklands justitsminister, fru Zypries, sit den fremførte kritik¹⁶. Altså en situation med iøjnefaldende paralleller til *Metock*'s skæbne i Danmark.

Domme som disse, og – som det skal påvises – *Metock*, hugger en hæl eller klipper en tå af medlemsstaternes ret til selvbestemmelse. I Danmark drejer det sig først og fremmest om Folketingets ret til at lægge kursen for landets arbejdsmarkeds¹⁷- og indvandringspolitiske, strafferetlige¹⁸, fordelingspolitiske, sociale og økonomiske udvikling. Truet er imidlertid tillige danske domstoles ret til, mest mulig i overensstemmelse med danske retstraditioner, at dømme om, hvad der er ret og retfærdighed. Vel at mærke ofte på politik-områder, som EU-landene ikke har overladt til Unionen. Lektor J. Hettne gør i sin Ph.D.afhandling fra 2008 opmærksom på, at svenske dommere deler denne frygt¹⁹.

Det er derfor næppe en overdrivelse, at kun én anden domstol i verdenshistorien på samme banebrydende vis har lavet det samfund om, den blev skabt til at betjene. Det er USA's føderale Højesteret. Diskussionerne i USA om *Supreme Court*'s aktivisme har givet genlyd siden slutningen af 1920'erne. Retten har haft sine juridiske og politisk-ideologiske sympatisører – og sine uforsonlige fjender. Helt så voldsomt er det ikke gået for sig i Fællesskabet. Her har domstolsaktivismen, dens judicielle unionsvision og rolledefinition mange ideologiske fortalere. Det er imidlertid at overse, at det virkelig ømme problem ikke handler om politiske sym- eller antipatier med eller mod en pro-eller antiunions retspraksis. Den diskussion afklarer ikke aktivismens kerneproblem, der er spørgsmålet om, hvorvidt grundlæggende forandringer af EU-samfundet af den type, som EU-dommene har gennemført på stribe, demokratisk-retsstatsligt kan gennemføres af valgte dommere, eller om de nærmest uden undtagelse skal foretages af ansvarlige politikere²⁰. Herudover siger det naturligvis sig selv, at Domstolens fornemste pligt er ikke at overtræde traktatens bestemmelser, inklusive attributionsprincippet i artikel 7.

Dette responsum hviler på nogle EU-retlige forudsætninger, som nu skal lægges klart frem. For det første har det siden spørgsmålet om dansk EU-medlemskab aktualiseredes i

¹⁶ FAZ af 08.09.08 og af 23.09.08.

¹⁷ Se også dommen i sag C-341/05, *Laval un partieri*, Saml. 2007, s.I-11767.

¹⁸ Se dommen i sag C-176/03, *Kommissionen mod Rådet*, Saml. 2005, s.I-7879.

¹⁹ Rättsprinciper som styringsmedel, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, ss. 28-30.

²⁰ I sin kronik i Berlingske Tidende for 13.02.09, kultur s. 21, argumenterede Professor Ditlev Tamm stærkt for, at dommerskab forfatningsret i reglen er uden demokratisk legitimitet og bør begrænses mest mulig.

begyndelsen af 1970'erne været fast antaget i dansk forfatningspraksis, at anvendelsesområdet for en § 20-beføjelse, som planlægges overført til Fællesskabet, skal være forudsigeligt. I modsat fald er der ikke hjemmel i § 20 til at overføre den. Justitsministeriets redegørelser forud for hver ny EU-traktatratifikation viser, at det ifølge §§ 19 og 20 er traktaternes ord og tekster og traktatforfatterens oprindelige intentioner med dem, som fortæller om karakteren og omfanget af de beføjelser, som foreslås overført til Fællesskabet. Denne definition er rummelig. Der må for eksempel gerne herske tvivl om fortolkningen af indhold og rækkevidde af de enkelte artikler i traktaten, som handler om overførsel af beføjelser. At formålet med Fællesskabet EF-traktatens præambel (forord) er dannelsen af en stadig snævrere union mellem de europæiske folk, kan herved i specielle, men sjældne situationer hjælpe fortolkeren, hvis tunge og bestemmende byggeklodser dog er og bliver ordene, teksterne og deres kontekster. Des tydeligere sprog de taler, des mere skrumper råderummet for at søge inspiration i EU's mange formål, herunder ikke mindst præambelen snævrere-unions-formål. Responsumet omtaler dette grundsynspunkt i det følgende som grundsætningen om oprindelig intentionalisme eller tekstualisme.

Denne tilgang til EU-fortolkning benyttes ikke blot af danske myndigheder og universitetsfolk. Også EF-domstolen bekender sig til den. Således skriver for eksempel Gulmann og Hagel-Sørensen, at Domstolen "vil tage udgangspunkt i ordlyden af den bestemmelse, der skal fortolkes og i øvrigt læse den ud fra dens sammenhæng med andre regler (dens kontekst) og ud fra dens [dvs. den konkret omdiskuterede regels, red.] formål."²¹ I afsnit 5 ser man, at Domstolen også i *Metock* fulgte dette fortolkningsmønster. Men tillige, at den her som i talløse andre domme, ender med at blive utilfreds med den lære, som ordene, teksterne og konteksterne formidler. I de juridiske og judicielle traditioner siden Anden Verdenskrig i de nordiske lande, på det europæiske kontinent (måske med Tyskland som en begrænset historisk undtagelse), i Irland og UK skal dommerne dog absolut bestræbe sig på at forhindre deres individuelle politiske, retsfilosofiske værdier og idiosyncrasier i at påvirke deres udsagn i dommene om, hvad der er gældende ret. Det er blandt andet et vigtigt omdrejningspunkt i Professor Alf Ross' retslære, således som denne fremstilles i for eksempel hans *Ret og Retfærdighed* fra 1953.

Ikke desto mindre har EF-domstolen i over fyre år regelmæssigt tappet blandt andet grundsætningen om den oprindelige intentionalisme/tekstualisme for en del af dens normativitet for at give plads i gældende ret for deres personlige unionsvisioner. Det er drømmen om ved næsten ved enhver given lejlighed at kunne gøre EU's retssystem stedse magtfuldere, vidererækkede, solidere og forankre det dybere i unionsborgernes politisk-retlige hverdag. I reglen i det skjulte, dog²²: *Metock* er et skoleeksempel på en dom, som forsøger at fremstille sig selv som fortolkende, men hvis argumenter/begrundelser hurtigt opgiver at finde lovgiverens mening med sit direktiv ved at se på dets ord, tekster, kontekster og intentioner. I stedet bruger den alle sine kræfter på aktivistisk at sandsynliggøre, at

²¹ I: EU-ret, Jurist- og økonomiforbundets Forlag, København, 1995, s. 158. De to forfattere er naturligvis fuldt opmærksomme på, at Domstolens trofasthed over for disse fortolkningsmetoder, som står uantastet centralt i dansk ret, ofte er begrænset. Når Domstolen eller dens dommere i skrift eller taler, redegør for, hvor deres fortolkning altid tager sit udgangspunkt, vender de alligevel nærmest undtagelsesvist tilbage til de oprindelige ord og intentionerne bag dem. Se mere herom afsnit 7, tekst over fn. 62.

²² Se mere herom nedenfor fn. 52 og teksten derover.

Fællesskabet var kompetent til at ophæve betingelsen om det forudgående lovlige ophold i en anden medlemsstat end værtsstaten²³.

I et illustrativt citat sagde fhv. EF-dommer og generaladvokat, Federico Mancini, herom, at dommernes ”*preference for Europe is determined by a genetic code transmitted to the court by the Founding Fathers, who entrusted to it the task of ensuring that the law is observed in the application of the Treaty whose primary objective is an 'ever closer union among the peoples of Europe'*”²⁴.

I anden anledning præciserede han, at “[t]he combination of being, as it were, out of sight and out of mind by virtue of its location in the fairytale Grand Duché of Luxemburg and the benign neglect of the media has certainly contributed to its [Domstolens, red.] ability to create a sense of belonging on the part of the independent minded members of the Court and, when necessary, to convert them to confined Europeanists”²⁵. Oversat til et lidt friere dansk sagde Mancini vel nærmest, at fordi ingen rigtig ved hvem vi, hvad vi laver og hvor vi gør det, kan vi rigtig lave lige så meget Union, som vi selv synes om.

Realiteten er, at dommernes ’genetiske kode’ med tilhørende ’preference for Europe’ har givet sig et utal af pro-unionsudslag. For eksempel, at hjemmelsbestemmelser, herunder i traktaterne, skal fortolkes videst muligt (således for eksempel artikel 39f om den fri personbevægelighed²⁶); og at undtagelser fra rettigheder skal fortolkes snævrere muligt eller fjernes helt (som i *Metock*); og at Fællesskabet foruden de udtrykkeligt overførte beføjelser råder over et batteri af forudsatte beføjelser (for eksempel på området for EF’s eksterne relationer/internationale beføjelser, jfr. som en tidlig illustration *AETR*-dommen, citeret i fn. 34).

Endvidere, skønt Domstolen ganske vist ikke i en eneste dom har sagt, at præambelns snævrere-unions-formål ofte dikterer dommenes normative resultater, betvivler få, at netop dette formål gemmer sig bag den maske, som Domstolen omtaler som reglernes effektive virkninger/(på fransk) *effet utile*. Denne retskilde er i bund og grund ikke til at objektivt. Professor T. C. Hartley, fra den prestigefyldte London School of Business and Political Science, sagde om effektivitetssynspunktet, at det meget kort udtrykker dommernes personlige ”*and consistent policy of promotion, entrenchment and constitutionalisation of a European federalism, including an enhancement of the Court’s own powers*”²⁷.

²³ Mange EF-dommere, som i tidens løb har været toneangivende i den akademiske og offentlige debat, har slået til lyd for det synspunkt, at Domstolen har samme pligt til og ansvar for at cementere EU-samfundet forfatningsretligt og demokratisk som de politiske institutioner. Dens nuværende præsident mener ligefrem, at det er en af EF-domstolens mest centrale opgaver at afsige banebrydende, forfatningsskabende domme (citat fra en tale holdt i 2005; kilde: www.ECLN.net).

²⁴ Mancini et al, *Democracy and the European Court of Justice*, (1994) 57 M.L.R. pp. 175

²⁵ *The Making of a Constitution for Europe*, (1989) 26 CMLRev, pp 595-614 (at p. 597).

²⁶ Det dokumenterer adjunkt PhD C. Jacqueson hele vejen igennem sin i fn. 7 nævnte afhandling. Der er i øvrigt ikke mange i den internationale forskerverden af jurister og politologer, som for alvor og objektivt bestrider, at EF-domstolen ofte skriver traktaten og de andre EU-regler om og undertiden endda grundlæggende om.

²⁷ *The Foundations of European Community Law*, hvoraf seneste udgave (6.) er fra 2007, på Oxford University Press.

Dernæst har Domstolen opfundet grund-, friheds- og menneskerettigheder – blandt meget andet-, som ikke en eneste bestemmelse i de oprindelige traktater nævnte med et ord²⁸. Det vil dog føre alt for vidt at komme nærmere ind på her²⁹.

En sjælden genetisk kode forstyrrer ikke nødvendigvis balancerne i en sart kompetencefordeling. Den tvinger ikke af sig selv til afsigelse af domme, der mødes med seriøs kritik for ikke at holde sig inden for de overførte kompetencer. Af allerstørste vigtighed er dog tillige, at des mere tvivl, der med rette kan sås om, hvorvidt en given dom eller begrundelsen for den respekterer kompetencefordelingen i artikel 7, des sikrere og mere udpenslede må Domstolen formulere og retfærdiggøre sine værdidomme. Tvingende nødvendig er i disse tilfælde såvel en afbalanceret retskildeanvendelse som hundrede procent overbevisende argumentationer. Som det skal påvises i afsnit 5, svigtede Domstolen imidlertid i *Metock* alvorligt på denne parameter.

Dette svigt står ikke alene. Det er del af en trend, der har været en lille halv snes år. I denne periode har kvaliteten af mange domsbegrundelser været lav og for nedadgående. Det kan ikke bevises, at formålet for Domstolen har helliget midlet, skønt det næppe helt kan udelukkes. Medvirkende årsager har dog utvivlsomt været forøgelse af dommerantallet, kombineret med sprog- og retskulturelle problemer. Givet er det, at den seneste *Editotial Comment* (lederartikel) i det seneste nummer af top-EU-rets-tidsskriftet *Common Market Law Review* tegner situationen i dystre og kritiske toner. Også hher er man fuld af bekymring over Domstolens ”*poor reasoning, on the one hand, and extensive interpretation of competences beyond what seems to have been the intention of the Treaty, on the other*”. Anledningen til CMLRev’s advarende leder er ”*criticisms at high political and legal levels [som har været, red.] particularly vocal*” i nyere tid. Man illustrerer med henvisning til Herzog’s allerede omtalte skarpe synspunkter, til kritikken i danske medier af *Metock*, til alvorsfulde artikler i *Le Monde* samt til, at den østrigske Kansler W. Schüssel, mens han var formand for det Europæiske Råd, erklærede, at Rådet burde gøre ved Domstolen, som ”*systematically extended European competences to include domains in which EC law did not apply*”³⁰. Det er ikke helt afgørende, at krikker som de omtalte måske fagligt kan tilbagevises. Mangelfulde eller ikke: De bliver til realiteter, fordi de er fremført.

En kort illustration: Det er for eksempel utilstrækkeligt - som man ofte hører det fremført til forsvar for et givet domsresultat -, at det skaber en eller flere grund-, friheds- eller menneskerettigheder, som beskytter borgerne mod magtfulde offentlige myndigheders potentielle magtovergreb. Det er selvfølgelig et humant, fint og lødigt formål. Imidlertid, fordi Fællesskabets aktionsradius består af

²⁸ Se om Domstolens uoverbevisende argumentationer på basis af en ret til respekt for familieliv, teksten nedenfor over fn. 42 og 48.

²⁹ Det hele var genstand for en grundig undersøgelse og måling i bredere almindelighed i forhold til den principielt suverænitetsskyttende § 20 i Højesterets dom i Maastricht-ratifikationssagen (UfR 1998 800H); hvortil kan henvises.

³⁰ CMLRev. 45: 1571-1578, 2008.

tildelte beføjelser, er det vigtigt at undersøge, til fordel for hvilke borgere Domstolen skaber ny ret. På det politik-område, som interesserer dette responsum, giver traktaten fællesskabsmyndighederne kompetence til at forbedre levestandarderne for *statsborgere i medlemsstaterne*, som vil indrejse i eller tage ophold i en anden medlemsstat. Her over for står, at *Metock* dels mest skabte ret til fordel *borgere fra tredjelande*, dels antagelig gjorde på svigtende hjemmelsgrundlag og dels, og under alle omstændigheder, uden at levere en helt nødvendig og meget overbevisende argumentation såvel for sit resultat som for at dette tilgodeså et presserende samfundsmæssigt behov for dommerskabt ret – se mere om denne vurdering i afsnit 5.

Her skal derfor blot endnu et forhold omtales. Det er, at medlemsstaterne i nogle tilfælde har blåstemplet Domstolens retsskaben. Det er sket ved at indskrive for eksempel grund-, friheds- og menneskerettighederne i traktaterne i anledning af senere traktatrevisioner. I andre tilfælde, for eksempel med hensyn til Fællesskabets eksterne relationer, har medlemsstaterne benyttet sådanne revisioner til at tilkendegive deres vilje til at lægge låg på eller beskære Domstolens kreativitet. Disse signaler opfangede Domstolen og begyndte selv i de første år af 1990'erne at indsnævre den dommerskabte udvidelse af Fællesskabets eksterne beføjelser³¹.

Andre fløje af Domstolens forfatningsskabende virksomhed har passeret den ene traktatrevision efter den anden, uden at der er blevet lagt til eller trukket fra. Det er for eksempel netop situationen med hensyn til artikel 39f om den vandrende arbejdskrafts fri bevægelighed. Den relevante retspraksis og dens ekskursioner fra grundsætningen om respekt for tekst og oprindelig intention er således hverken blevet godkendt/blåstemplet, blevet lagt låg på eller beskåret. Man kan gisne om, hvorvidt de blev tålt af indifferens; på grund af uenighed i kredsen af medlemsstater, eller måske fordi man har ræsonneret: Lad os vente og se, hvor galt det vil gå; eller af andre årsager. Den uforanderlige kerne er, at artikel 39f's tekst i alt væsentligt er den samme som i 1958. Det skal ses i kontekst af den omtalte ekskursive retspraksis og lovgivning, som næppe holder sig inden for de kompetencegrænser, som artikel 39f afstak.

Man kan forestille sig, at Domstolen har taget ikke-fordømmelsen af rets- og lovgivningspraksis til indtægt som en stiltiende godkendelse/blåstempling. I hvert fald er *Metock* blot endnu en illustration af, at Domstolen ikke har i sinde at udvise tilbageholdenhed. Tværtimod gav dommen med eller uden støtte i direktiv 2004/38 Fællesskabet enekompetence til at fastsætte betingelserne for, hvornår en relevant tredjelandstatsborgers første ophold i en medlemsstat er lovligt. Det er en udfordring, som på ny aktualiserer spørgsmålet om rækkevidden af beføjelserne til fordel for Fællesskabet ifølge den uforandrede artikel 39f.

Responsumets metode samler sig om at veje vægten/lørdigheden af de argumenter, Domstolen i dommen fremførte for at bevise, at den blot fjernede en acceptabel fortolkningstvív. At den altså ikke i endnu et udbrud af aktivisme, ved en fremtidsorienteret mere-fuldkommen-unions fortolkning, skabte en ny kompetence til fordel for Fællesskabet. Dette responsum er herved ikke forpligtet til at gøre Domstolens fremtids- og formålsorienterede, henholdsvis

³¹ Se for dokumentation Hjalte Rasmussen, EU-ret i Kontekst, Thomson, København 1993, s. 378f.

integrationsfremmende fortolkningsmetoder til sine. Responsumets udgangspunktet for at besvare spørgsmålet om lovligheden af *Metock* må i stedet være, at kun traktaternes ord og tekster, inklusive lidt plads for en begrænset fortolkningstvivil og tilsat et par knivspidser formålsovervejelser om reglernes regulative rækkevidde, kan udgøre ledetråden for de følgende overvejelser. Det udgangspunkt udelukker ikke, at *Metock* holdt sig inden for fortolkningstvivilens rammer. Det gjorde dommen dog næppe, men gav kompetencereglerne i artikel 39f en rækkevidde, Fællesskabet antagelig manglede beføjelse til at gennemføre.

Herved aktualiseres følgende, supplerende terminologiske spørgsmål, som handler om, hvordan man skal omtale en EF-dom med et resultat uden hjemmel for sit resultat? Vedtager Folketinget en lov, det ikke havde hjemmel til at vedtage³², er der et ord for dét: Loven er grundlovsstridig eller forfatningsstridig. Havde EF-traktaten været en forfatning, ville det have været nemt at overføre den danske terminologi. Den uheldige dom ville i så fald være forfatningsstridig. Imidlertid er traktaten en traktat, det vil sige en aftale mellem stater. Drømte nogen om³³, at den ville udvikle sig til en forfatning, lagde den såkaldte forfatningstraktats skæbne ved folkeafstemningerne i Frankrig og Holland i foråret 2005, inklusive den efterfølgende Lissabon-proces, enhver aspiration herom død. Der er derfor formentlig blot tilbage at omtale den som en ulovlig dom.

4. Kort om kunsten at læse EF-domme.

På dette sted, inden nærlæsningen af *Metock* begynder, kan lidt information om at læse EF-domme gøre nytte.

Metock's præmisser og deres argumentation undersøges i afsnit 5 ved at isolere og veje lødigheden af Domstolens retskildeanvendelse, således som den artikuleres i *Metock's* præmisudtalelser. De leder fra præmis 48 Domstolen fra dens åbningsudtalelse om, hvori dens opgave i denne dom består, til konklusionen i præmis 70. Undersøgelsen skal gøre det muligt at vurdere, om direktiv 2004/38 i Domstolens fortolkning eller rekonstruktion af det samt af artikel 39f, ligger inden for eller uden for de beføjelser, som Danmark har overført til EU i henhold til § 20.

Sin dom baserede Domstolen på en argumentation i fire, ganske skarpt adskilte etaper. De trak hver for sig på indbyrdes i det væsentlige uforbundne inspirationskilder. Indledningsvis vendte den i præmisserne 49-54 sin opmærksomhed mod de enkelte ord og tekster i direktiv 2004/38. Næste etape (2) begyndte den fra og med præmis 49 (-54). Her forsøgte den at underbygge resultatet ved hjælp af citater fra sin egen ældre retspraksis. Det betød formentlig, at Domstolens tålmodighed med og respekt for ordene, teksterne og deres indre sammenhænge nu var ret nedsat. Det hele skulle erstattes af friere betragtninger over, hvad man måtte antage var formålet med de omstridte regler. Er afstanden mellem ordlyden, teksterne og Domstolens foretrukne resultat uoverstigelig, ændrer den ikke unionsstrategi, men kun retskildetaktik. Dette mønster fulgte Domstolen tillige i *Metock*.

³² For eksempel Tvind-dommen.

³³ Flere EF-domme har omtalt traktaten som en forfatningsdokument og derved forsøgt at ophøje den fra sin folkeretlige status til status af en supranational, skreven forfatning; se for eksempel i dommen i sag 294/83, *Les verts, Parti écologiste*, Saml. 1986, s. 1339 og Udtalelsen i Sag 1/91, *EF/EØS*, Saml 1991, s. I-6079.

Formålsfortolkninger er velkendt juridisk tankegods og ligger efter omstændighederne inden for den tvivl om en kompetences rækkevidde, som § 20 og grundsætningen om den oprindelige intentionalisme/tekstualismen tolererer. Uden sikre formålstilkendegivelser, der viser en utilsigtet forskel mellem, hvad lovgiver sagde og mente, har det dog formodningen mod sig radikalt at ændre den mening med en tekst, som de af lovgiver valgte ord formidler. Tredje etape indledte Domstolen i præmis 60, idet den nu påberåbte sig reglernes såkaldte effektive eller nyttige virkning, altså *effet utile* (præmis 62f).

I Domstolens verden, som stadig præges af størst mulig ord- og argumentationsknaphed, er et argument nr. 2 kun fornødent, dersom argument nr. 1 ikke anses at kunne bære domsresultatet uden hjælp. Og nr. 3 føjes kun til, dersom de to første argumentationsrækker er kommet til kort. Domstolen vurderede derfor øjensynlig, at hverken reglernes ordlyd eller dens egne, ret upræcise formålsovervejelser var tilstrækkelige til at underbygge det foretrukne resultat på overbevisende måde.

Der skulle således *effet utile* til, hvilket legitimt rejser spørgsmålet om, ad hvilke kanaler Domstolen orienterer sig om eller får kontakt til, hvad der måtte være den ene eller den anden regels effektive virkning? Det kan domstolsforskerne, jurister og politologer, desværre ikke svare på med sikkerhed. De fleste antager, at kun dommerflertallene kender det eksakte svar. Og de redegør aldrig for den anvendte målestok eller for, hvor man kan finde den. Det kvalificerede gæt lyder, som allerede anført, at dommerflertallets individuelle, personlige, filosofiske og politiske visioner udgør de væsentligste ingredienser ved Domstolens bestemmelse i hver enkelt sag af den/de omstridte reglers effektive virkning.

5. Gennemgang af EF-domstolens begrundelser i *Metock*.

5.1. Sine begrundelser indledte Domstolen i præmis 48/49 med at fremføre, at ingen af reglerne i direktiv 2004/38 udtrykkelig stiller krav om ”forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat” (herefter: ”hullet i loven”). Dernæst henviste præmis 50 til ordlyden af artikel 3(1), som citerer artikel 2, nr. 2, hvorefter ”definitionen af familiemedlemmer [som ledsager eller slutter sig til unionsborgeren] ikke sondrer mellem, om de allerede har opholdt sig lovligt eller ikke i en anden medlemsstat.” Videre konstaterede Domstolen, at bestemmelserne i artiklerne 5, 6(2) og 7(2) også er tavse om ”det sted eller de opholdsbetingelser, som gjaldt for [tredjelandsstatsborgere] inden deres ankomst i værtsmedlemsstaten” (præmis 51).

Retskildemæssigt er disse begrundelser ud af ét stykke. De fokuserer på ord/tekst og kan derfor undersøges under ét. Domstolen fandt i dem alle støtte for at antage, at direktiv 2004/38 ”ligeledes kan finde anvendelse på familiemedlemmer, som ikke allerede har opholdt sig i en medlemsstat (præmis 52)”. Blandt disse retskilder hæftede Domstolen sig navnlig ved artikel 5(2), som tillader tredjestatsborgere uden et af en anden medlemsstat udstedt opholdsbevis indrejse i værtsmedlemsstaten, blot de er i besiddelse af et gyldigt visum. Fra tavsheden om opholdsbevis sluttede Domstolen uden at bruge mange ord, at EU-lovgiveren aldrig havde forestillet sig, at tredjelandsstatsborgeren forudgående for indreisen i værtsstaten skal have opholdt sig i en anden medlemsstat.

Det er en særlig argumentationsteknik, som disse præmisser bringer i anvendelse. Den bygger ikke på, hvad reglerne siger, men hvad de ikke bestemmer. Her, som så ofte før i sin retspraksis, sluttede Domstolen fra ikke-nej til ja-ja. Konkret opnåede den at konstruere fraværet af bestemmelser, som forbyder eller udtrykkelig tillader krav om en bestemt dokumentation, til at betyde, at gældende ret er indifferent over for, hvorfra familiemedlemmet er ankommet til værtsstaten. Han kan være ankommet direkte fra tredjeland eller have opholdt sig lovligt eller ulovligt i den af unionsborgeren forladte hjemstat – eller en anden medlemsstat. Uanset hvad, antages lovgiveren at have villet give ham fulde rettigheder. Skønt der jo ikke foreligger en situation med intrakommunitær personbevægelighed, dersom den relevante tredjelandsstatsborger ikke bevæger sig mellem to medlemsstater.

Man rammer ofte plet ved at argumentere på den måde. En af teknikkens svagheder er selvfølgelig risikoen for, at fortolkeren mest hæfter sig ved én forklaring på lovens tavshed, men overser et antal konkurrerende forklaringer - også uden at ville det. Og derved drager uunderbyggede konklusioner om lovgivers intentioner.

På dette sted bliver det derfor centralt at forestille sig, hvilke tænkelige, alternative udfyldninger af hullet der måtte findes. En ikke-udtømmende liste kunne begynde med, at EU-lovgiveren for eksempel ikke ville indskrive det selvklares i lovteksten. Og i 2004 var det selvklares, at Domstolen i utvetydige vendinger i *Akrich* fra 2003 havde fastslået, at forudgående lovligt ophold i én medlemsstat var en lovlig betingelse³⁴. Lovgiveren kunne derfor med megen ret have tænkt, at da retstilstanden var fuldt afklaret, tilsagde god lovgivningsteknik, at en gentagelse i direktivet burde undgås. Alternative forklaringer på visum-optionen kunne være en rimelig hensyntagen til tredjelandsstatsborgere, (1) som ikke har nået at ansøge om et opholdsbevis; (2) som har ansøgt om ét men at udstedelsen er blevet administrativt forsinket; (3) som nok har modtaget et opholdsbevis, der nu er bortkommet; eller (4) hvis opholdsbevis gengiver hans fremmedartede navn forkert.

Der synes herefter ikke at være noget, som tvinger eller lokker til at antage, at lovgiveren ved at hjemle visum-optionen handlede ud fra en antagelse om, at EU rådede over en overladt kompetence til at ophæve en betingelse om forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat.

Den mulighed består dog også, at lovgiver var tavs, fordi han var i syv sind med hensyn til, hvor kompetencen var forankret. 27 lovgivere og 7-800 medlemmer af Europaparlamentet bragte det ifølge denne hypotese ikke til at enes om, hvorvidt kompetencen til at bestemme om første lovligt ophold var/var ikke afgivet af medlemsstaterne. Er dette den bedre forklaring bag lovens tavshed, har lovgiveren forladt sig på, at Domstolen i sidste ende vælger side i kompetencespørgsmålet. I henhold til denne forståelse tillagde *Metock* ikke

³⁴ *Akrich*-domstolens mening herom kan sammenfattes således, at ”1612/68 [...] kun [omfatter] den frie bevægelighed inden for Fællesskabet”, og at ”[d]en derfor er tavs omkring rettigheder med hensyn til adgang til Fællesskabets område for en tredjelandsstatsborger, der er gift med en unionsborger”, hvorefter den fastslog, at ”[f]or at blive omfattet af de rettigheder, der er fastsat i artikel 10 i forordning nr. 1612/68, må en tredjelandsstatsborger, der er familiemedlem, i en sag som den i hovedsagen omhandlede derfor opholde sig lovligt i en medlemsstat på det tidspunkt, hvor han tager til den medlemsstat, som unionsborgeren flytter til eller er flyttet til.” Sammenfatningen er Generaladvokat Mengozzis; fra hans forslag til afgørelse i *Eind*-sagen, betragtning nr. 43. Inden Domstolen underkendte *Akrich*, havde den bekræftet dens resultat i dommen i *Jia* fra 2007.

lovgiverne en anden mening, end de havde. Det ændrer dog ikke ved, at Domstolen udfyldte lovgivers tvivl med, at kompetencen var overført. Imidlertid, dersom den omstridte kompetence aldrig var blevet overført, kunne ej heller Domstolen få den til at skifte side. Det har kun en ny regeringskonference det i sin magt at gøre³⁵.

En nærlæsning af artikel 10(2) bestyrker ikke tesen om tvivl. Læser man nemlig opmærksomt, hvad der faktisk står i artikel 10(2), handler denne bestemmelse om attestation for sagsforhold af en ganske anden art og natur end spørgsmålet om forudgående lovligt/ikke-lovligt ophold. I artikel 10(2) dominerer således tydeligvis forhold vedrørende tredjelandstatsborgerens personlige og familietilknytningsmæssige forhold; såsom attestation for (1) for tredjelandstatsborgerens identitet, (2) for unionsborgerens domicil, (3) for et angiveligt slægtsforhold i op- og nedstigende linje, (4) for ansøgerens påståede økonomiske eller helbredsmæssige afhængighed af unionsborgeren og, endelig, (5) for et eventuelt registreret partnerskab. Det er ifølge denne tilgang mest sandsynligt, at artikel 10(2)s tavshed skyldes, at et krav om attestation for lovligt ophold ville have udgjort et fremmedelement i forhold til resten af artiklens ordlyd. Er det den bedre fortolkning, er det nærmest umuligt fra tavsheden at slutte, at et krav om forudgående lovligt ophold slet ikke kan stilles.

Forklaringen på lovgivers tavshed, som bygger videre på, at retstilstanden var endelig afklaret af Domstolens *Akrich*-dom, forekommer dette responsum at være mere sandsynlig end de konkurrerede forklaringer.

5.2. Der er heller ikke megen støtte at finde for Domstolens rekonstruktion af direktiv 2004/38, hvis man et øjeblik ser på, hvad de retsakter bestemte, som i tid gik forud for direktivet, og som det ændrede. Om direktivets forhold til de forudgående retsakter siger dets 3. betragtning, at ”direktiv 2004/38 ikke tilsigtede at tillægge unionsborgerne færre rettigheder end dem, de nød under den forudgående lovgivning”. 5. betragtning tilføjer, at unionsborgeres ret bør ”også indrømmes familiemedlemmer uanset nationalitet.”

Hvilke rettigheder gav de ældre regler egentlig unionsborgere og deres familiemedlemmer? Domstolen forbigår dette spørgsmål i tavshed i *Metock*, skønt den jo i de her analyserede præmisser 48-54 bygger sin argumentation på netop direktivets ordlyd, som viser direkte tilbage til unionsborgeres rettigheder i årene før, direktivet blev udstedt. Den sammenhæng gør det naturligvis interessant at foretage tilbageblikket her. Det sker med særlig henblik på direktiv 73/148 og med udgangspunkt i dommen i *Singh* fra 1992. Da denne dom indgående diskuterer dette direktiv, er den egnet til at kaste lys over, hvordan man 16 år før *Metock* forstod den beskyttelsesmæssige rækkevidde af tredjelandstatsborgeres rettigheder. Denne påstand kan man så i anden runde sammenligne med, at Domstolen i *Metock* satte sig for at udstrække de afledte rettigheder til at gælde for personer, som aldrig havde bevæget sig fra én medlemsstat til en anden (værtsstaten).

Singh handlede om et ægtepar, hun britisk statsborger, han indisk. Efter udløbet af sit turistvisum indgik han i 1982 ægteskab med fru Singh. Sammen rejste de i perioden 1983-85 fra UK til Tyskland, hvor de arbejdede som lønmodtagere. I slutningen af 1985 vendte de tilbage til UK for at ernære sig ved selvstændig erhvervsvirksomhed. Spørgsmålet om at

³⁵ Jf. ovfr. om attributionsprincippet, fn. 11.

udvise Singh fra UK opstod senere, da ægteskabet var under opløsning, men før skilsmissen. De engelske myndigheder mente ikke, at fællesskabsreglerne kunne give ham en ret til ophold i UK efter opholdet i Tyskland – end ikke til tidspunktet for ægteskabets definitive opløsning.

Ifølge 73/148s første betragtning var dette direktivs hovedsigte at ophæve ”rejse- og opholdsbegrænsninger inden for Fællesskabet for de *statsborgere i medlemsstaterne* (min udhævelse), der ønsker at etablere sig ... i en hvilken som helst af disse stater”. Mærk, at der fremadrettet står ”ønsker” – mens unionsborgere, der (som fru Metock) allerede har etableret sig, er ude af direktivets sigte. Direktivets artikel 1 overførte dette ”princip til at gælde for ægtefæller til sådanne personer, uanset nationalitet”.

For studiet af *Metock* er det dernæst værd at vide, *hvorfor* direktivet udvidede beskyttelsen til at omfatte de relevante tredjelandstatsborgere. Det spørgsmål diskuterede generaladvokat Tesauro en hel del i sit forslag til afgørelse i *Singh*. Herved fortalte han, at man med udvidelsen ville komme den situation i forkøbet, at arbejdstagere, som i grunden gerne ville tage arbejde i en anden medlemsstat end deres egen, skulle foretrække alligevel at blive hjemme ved udsigten til en de facto opsplitting af familien, som ville blive den uundgåelige følge af, at familiemedlemmerne ikke kunne rejse ud sammen med unionsborgeren. De vandrende arbejdstageres ret til at ”bevæge sig frit inden for Fællesskabet”³⁶ ville lide herved, sagde generaladvokaten, idet udøvelsen af den kunne blive ”umulig eller forbundet med vanskeligheder”.

Tesauros formålsbeskrivelse er således rensset for henvisninger til eller antydninger af, at lovgiveren skulle have haft ægteskaber indgået *efter* unionsborgerens påbegyndte ophold i en værtsstat i sine tanker. Hans tavshed burde i øvrigt ikke give anledning til undren i betragtning af de oprindelige traktaters forestillingsverden. Traktatforfatterne havde alene det økonomiske hensyn for øje at sikre den bedst mulige udnyttelse af produktionsfaktorerne. Det var in concreto arbejdstagerne, som skulle gøres intrakommunitært mobile.

Den oprindelige traktatsret i artikel 48f gik hertil. EU-lovgiveren gik, til dels inspireret af Domstolen, lidt længere ved at tilføje nogle mest mulig snævert afgrænsede rettigheder til fordel for familiemedlemmerne. Formodninger er vel ligefrem for, at begunstigelserne af familiemedlemmerne skulle gøres *snævrere mulig*, allerede fordi de udgør en undtagelse fra traktatens hjemmel i artikel 48f (nu: artikel 39f). Disse iagttagelser er interessante i forhold til problemstillingen i *Metock*, hvor Domstolen jo forsøgte at udvide undtagelsen til fordel for familiemedlemmerne *videst mulig*. I en situation, hvor artikel 39 ikke var blevet ændret. Domstolen overbeviste heller ikke om, at direktiv 2004/38 havde haft til hensigt at udtrække disse rettigheder til at gælde til fordel for en tredjelandstatsborger uden et forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat end værtsstaten. I stedet ekstrapolerede den uden skygge af bevis fra, hvad dette direktiv ikke sagde noget om, til at forudsætte en retstilstand baseret på en enekompetence til fordel for Fællesskabet. En kompetence, som dette ifølge dommen i 2004 angiveligt havde benyttet til at fjerne betingelsen om tredjelandstatsborgeres første lovlige ophold i en anden medlemsstat.

³⁶ Generaladvokatens 10. betragtning.

5.3. Herved forudsatte Domstolen formentlig reelt, at rækkevidden af Fællesskabets kompetence i henhold til artikel 39f i traktaten er ligefrem proportional med et behov for at fjerne selv fjerntliggende og hypotetiske, måske endog fiktive og/eller påståede restriktioner på unionsborgernes fri bevægelighed og opholdsret³⁷. Er den antagelse rigtig, satte Metock-dommen sig i præmisserne 48-54 med betydelig sikkerhed ud over attributionsprincippet i artikel 7. Det gjorde den ved at postulere, at retstilstanden faktisk *er* den, som den ifølge Domstolen *burde være*. Den dømte derved tydeligvis *de lege ferenda* (om de love, som skal gives)

Disse indvendinger var Domstolen formentlig helt på det rene med. Det tvinges man til at antage, da argumentationerne i de følgende præmisser ellers have været overflødige tilføjelser. Det er ikke en nærliggende antagelse.

5.4. *Metock's* succes står derfor og falder med, om det lykkedes for Domstolen i præmisserne 55-70 at overbevise om, at andre retskilder kunne godtgøre, at der var hjemmel i traktaten til at antage eksistensen af en EF-enekompetence. Dette forsøg på at overbevise indledte Domstolen i præmis 55 med at påberåbe sig sin egen ældre retspraksis og dennes mere frie, formålsorienterede overvejelser på grundlag af præamblerne og lignende.

Herved var det dog uomgængeligt, at så længe *Akrich*-dommen stod uantastet, var vejen til hjælp i retspraksis blokeret³⁸. Det nødvendige brud med fortidens retspraksis gennemførte Domstolen resolut og uden mange ord eller forklaringer i præmis 58.

Derefter kunne Domstolen indlede sin supplerende argumentation, som den allerede havde taget hul på i præmis 56. Her fremlagde den, hvad den i domme fra tiden inden vedtagelsen af direktiv 2004/38 havde sagt om retstilstanden i henhold til dette direktivs forgængere. Den mindede herved om, at den i blandt andre *Carpenter* og *MRAX* havde udtalt, at ”fællesskabslovgiver [havde] anset det for at være vigtigt at beskytte medlemsstaternes statsborgeres familieliv med henblik på at fjerne hindringerne for udøvelsen af de grundrettigheder, der er sikret i EF-traktaten”³⁹. I forordning nr. 1612/68 var denne beskyttelse blandt andet gennemført ved at ”udvide anvendelsen af fællesskabsrettens regler om indrejse og ophold på medlemsstaternes område til at omfatte tredjelandstatsborgere, der er ægtefæller...”. I forhold hertil satte direktiv 2004/38 sig for at indføre visse justeringer, herunder nogle uspecificerede forbedringer. Heraf gik dog ingen så vidt som til, hverken i præamblerne eller de operationelle bestemmelser, at omfatte tredjelandstatsborgere, som *bliver* ægtefæller.

³⁷ Det er indres, at artikel 308 (før artikel 235) som udgangspunkt skal aktiveres som supplerende hjemmel i forhold til hovedhjemmelen, hvor hjemmelen for en retsakt med et bestemt indhold ikke er sikker eller nogenlunde sikker. Artikel 235/308 er dog aldrig blevet aktiveret, hverken i forbindelse med udstedelsen af 1612/68, 73/148, 2004/38 eller andre af de retsakter, som udgør retsgrundlaget i *Metock*.

³⁸ Smh. ovenfor i fn. 33 og teksten derover.

³⁹ Som belæg for den citerede udtalelse i præmis 56 henviste EF-domstolen foruden til *Carpenter* og *MRAX*, til sine domme i en række andre sager, nemlig Sag C-137/03 og Sag C-503/03 (begge anlagt af *Kommissionen mod Spanien*), dels til dommene i Sag C-144/02, *Kommissionen mod Tyskland* og til dommen i *Eind*. Blandt disse var, skønt Domstolen antydede noget andet, kun *Carpenter* og *MRAX* ældre end direktiv 2004/38.

5.5. Endnu et tilbageblik på gældende ret fra tiden før direktiv 2004/38 vil på dette sted fremme forståelsen. Det skal illustrere, hvor langt ind på medlemsstaternes område, *Metock*-domstolen var i færd med fremrykke kompetencefordelingen. Til brug for dette tilbageblik egner en kort sammenligning af genereladvokat Tesaurus og Domstolens fortolkninger af direktiv 73/148 i *Singh* sig.

Denne dom handlede som sagt om et gift par, som først forlod unionsborgerens hjemstat for at tage arbejde i en anden medlemsstat og derefter vendte tilbage. Spørgsmålet var, om tredjelandstatsborgeren efter returnering til hjemstaten nød samme rettigheder i forhold til denne stat, som han ville have nydt i forhold til en hypotetisk værtsstat, hvortil han – i en tænkt situation - ankommer som *ledsagende* ægtefælle til en vandrede arbejdstager. I *Metock* var situationen som bekendt den omvendte: Her *ledsagede* ægtefællen ikke unionsborgeren, idet det angiveligt rettighedsskabende ægteskab først blev indgået en del tid efter, at unionsborgeren havde taget ophold i værtsstaten.

Tesauro mente i *Singh* ikke, at ægtefællens ret ifølge EU-reglernes beskyttelse varede ved, da parret begyndte deres tilbagevenden til hjemstaten. Det skyldtes, sagde han, at eventuelle vanskeligheder for ægtefællen ved at returnere til hjemstaten ikke kunne anses for at udgøre en ulovlig restriktion på unionsborgerens ønske om at drage fordel af sine EU-rettigheder. Deres situation var blevet rent intern i UK. Alligevel var både generaladvokaten og EF-domstolen indstillede på at være EU-retligt kreative, antagelig for at komme hr. Singh til hjælp. Denne villighed hang formentlig sammen med, at hans retlige situation var blevet forværret ved at rejse til Tyskland med sin hustru. Havde ægteparret forudset problemerne i forbindelse med deres tilbagevenden til UK, var de måske slet ikke rejst ud til at begynde med⁴⁰. Det fremgik nemlig af sagens oplysninger, at dersom hr. Singh ikke havde ledsaget sin EU-mobile hustru til udlandet, men var forblevet i UK, ville han antagelig efter engelsk ret have opnået ret til permanent opholdstilladelse og – måske endog – til engelsk statsborgerskab.

Retlig set gik Tesauro og Domstolen meget forskellig frem, om end med den samme hjælpeaktion for øje. Generaladvokaten erklærede på sin side, at han følte sig bundet af *ordlyden* af direktivets artikel 1, som dog ikke gav hr. Singh den ret, som Tesauro gerne ville indrømme ham. På den anden side *udelukkede* ordlyden heller ikke at udstrække beskyttelsesperioden til tiden efter ægteparrets tilbagevenden til hjemstaten⁴¹. Ulig sin generaladvokat, ofrede Domstolen nærmest ikke ordlyden et blik. I stedet gik den uden ophold over til at basere sit resultat på direktivets effektive virkninger/*effet utile*. Det skete med ordene, at de rettigheder, som direktivet ville tillægge familiemedlemmer "[i]kke ville få

⁴⁰ Hele situationen var karakteriseret ved uklarhed og modsigelser. På grund af det særlige komme-Singh-til-udsætning element er det svært at anse dommen for vel egnet til at spille rollen som principielt fortilfælde. Det gjorde EF-domstolen da heller ikke i *Metock*.

⁴¹ Det var med andre ord samme ikke-nej er lig med ja-ja tilgang, som Domstolen foretrak 16 år senere i *Metock* – men som den fravalgte i *Singh*. Hvorfor mon Domstolen forsøgte sig med at slutte fra ikke-nej til ja-ja i *Metock*, men ikke i *Singh*? Også i *Metock* blev det jo, som det påvises i dette responsum, kun ved et forsøg, som i øvrigt mislykkedes. Forsøg eller ikke: Domstolen ville i *Metock* afsige en principiel, kompetencereformerende dom; det ville den næppe i *Singh* – med denne doms uklare faktiske situation in mente. For at skabe fortilfælde måtte Domstolen inddrage alle retskilderne. Den måtte herved finde al den støtte i den skrevne ret, den kunne. En alternativ forklaring kunne være, at Domstolen i *Metock* erkendte, at meget overbevisende argumenter var en mangelvare, i hvert fald målt i forhold til det rebelske resultat.

fuld gennemslagskraft, såfremt en EF-borger kunne opgive at udøve dem” ved udsigten til, at ægtefællen måske kunne nægtes indrejse i hjemstaten (præmis 23).

Interessen i alligevel at sammenligne *Metock* og *Singh* er, at *Singh* tydeligvis ikke anså det for selvklart at lade den *ledsagende* ægtefælle være omfattet af EU-reglerne til fordel for familiemedlemmer. Det er vigtigt at holde fast i, selv om Domstolen endte med at anse ham for berettiget i forhold til hjemstaten (dog kun mens ægteskabet ikke var opløst). Pointen er selvfølgelig, at det – alt andet lige – må anses for at være noget mindre nærliggende at begunstige en *senere* tilstødende ægtefælle end én, som rejser ud sammen med unionsborgeren og derefter returnerer sammen. Og allerede den situation voldte altså store retlige problemer i *Singh*. Det taler antagelig sit eget stærke sprog om, hvor tynd isen var under Domstolen i *Metock*.

5.6. Efter at have overrulet *Akrich* i præmis 60, gik Domstolen over til at understrege, at den fortolkning, som den havde argumenteret varmt for i de foregående præmisser, var ”i overensstemmelse med kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og Fællesskabet”. Det er dog ikke en begrundelse eller et argument, fordi Domstolen her blot postulerer, hvad den skulle bevise.

Overbevisende var Domstolens næste argument heller ikke, hvor den anførte som noget centralt, at Fællesskabet ved EF-traktatens artikler 18(2) 40, 44 og 52 havde overført ”kompetence til at vedtage de foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre unionsborgernes frie bevægelighed”. Det udsagn er ganske vist rigtigt. Alligevel er det næppe egnet til at flytte grænsepæle i den foreliggende sag. For ingen bestred jo, at Fællesskabet var kompetent til at regulere om fri vægelighed af unionsborgere og deres familiemedlemmer fra tredjelande. Uenigheden bestod derimod om, hvor mange og hvor vidtrækkende rettigheder, der med rimelighed kan anses for at være ”nødvendige” – og derfor hjemlede. Herom havde lovgiveren ikke tilkendegivet, hvad han mente. Vi ved derimod, at Domstolen så sent som året, før direktiv 2004/38 blev udstedt, havde ment, at det var nødvendig med en betingelse om forudgående lovlig ophold i en anden medlemsstat (den omstridte barriere). Det hele nærmest tvinger til at antage, at selv om Fællesskabet (ubestridt) havde kompetence til at vedtage foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre unionsborgernes frie bevægelighed, havde det ikke hjemmel til at fjerne den omstridte barriere (spørgsmålet om der overhovedet forelå en EU-retlig relevant barriere eller restriktion diskuteres straks nedenfor). Der synes herefter ikke at herske tvivl om, at kompetencen til at handle fortsat ligger hos medlemsstaterne.

Nødvendighedsspørgsmålet aktualiserer en proportionalitetsvurdering, som sætter fokus på forholdet mellem værdien ved at tilgodese et givet hensyn og den samfundsmæssige pris eller omkostning ved at realisere det. Hvis Domstolen fik magt, som den havde agt, ville omkostningen bestå i at flytte en kompetence fra medlemsstaterne til deres union. Det er en juridisk ligning, som handler om at løse Fællesskabets mest fundamentale og følsomme modsætninger eller konflikter og gøre regningen op. Vel at mærke regningen ikke blot for den foreslåede relokering af kompetencegrænsen (suverænitetsproblemet), men tillige for de potentielle samfundsmæssige omkostninger ved at nedsætte tærsklen for, under hvilke betingelser familiesammenføringer med ulovlige tredjelandsstatsborgere bliver lovlige.

Det er konfliktløsning, som kræver meget sikre beviser i to henseender. Dels med hensyn til, at det, man antog om den hidtidige kompetencefordeling, ikke blot er politisk uønskværdigt. Dels med hensyn til at en ny fortolkning har hjemmel i traktaten. Domstolen kom ikke et øjeblik i nærheden af at løfte den bevisbyrde.

5.7. Herom var Domstolen formentlig selv på det rene. Ellers ville den ikke have introduceret sit fjerde spor i bevisførelsen for *Metock*'s resultat i præmis 62. Det skete med ordene, at "[h]vis unionsborgerne ikke havde ret til at have et normalt familieliv⁴² i værtsstaten, ville udøvelsen af de friheder, der er sikret i henhold til traktaten, være alvorlig hindret". Det er reglernes effektive virkning/*effet utile*, som her lanceres i en ny sproglig variant.

På ny forudsætter Domstolen

i sin argumentation, hvad den skulle bevise. For det er i 2008 ikke længere bestridt, at unionsborgerne i et vist omfang har ret til familieliv. Dommere er imidlertid ikke bedre uddannede end vælgere i almindelighed til at fælde den bedste værdidom over, hvor vidtrækkende retten til familieliv skal indrettes, når retten har en pris, som andre samfundsværdier uundgåeligt kommer til at betale. Som de vestlige demokratiske samfund er indrettede, skal denne værdidom fældes af demokratisk ansvarlige politikere. Når de har fældet dommen, og formuleret den i artikler i for eksempel EF-traktaten, er det dommernes rolle at løse fortolkningstvivel om ordenes, teksternes og konteksternes rækkevidde – iblandet lidt om formålet med at indføre de nye regler.

Det er ifølge det foranstående ikke til diskussion, at EF-reglerne i traktaten og den afledte ret ikke gav intrakommunitært mobile unionsborgere ret til familieliv med de relevante tredjelandstatsborgere under omstændigheder som dem, *Metock* handlede om. Der var kun ret til et vist familieliv og familiesammenføring på betingelse af, at tredjelandstatsborgeren forudgående havde opholdt sig lovligt i en medlemsstat – altså også var i intrakommunitær bevægelse.

Alle disse principielle synspunkter forholdt Domstolen sig ikke tilnærmelsesvis til, hvilket den selvfølgelig er i sin fulde ret til. I stedet, kan man sige, sluttede den fra sin påstand om et ønskeligt omfang af en rettighed til eksistensen af en kompetence til at vedtage og gennemføre rettigheden – om nødvendigt ved dommerskabt ret. Præmisserne 63 og 64 gentager med lidt andre og flere ord det samme synspunkt og med samme resultat: På ny sluttes fra ønsket om at se en ret opstå til, at Fællesskabet har fået overført en kompetence rummelig nok til at indføre den. Det repræsenterer langt fra overbevisende og lødig juridisk teknik.

5.8. Fælles for *effet-utile*-argumentationerne i *Metock* og *Singh* er at opstille et skræmmebillede: "Hvis ikke...., SÅ...". Kernen i dette, som det blev fremført i *Metock*, bestod i at fremmane en angivelig risiko for, at en bestemt type kendsgerning vil få en

⁴² Det bemærkes, at denne henvisning til "en ret til at have et normalt familieliv" står som en torso. Dommen henviser hverken til EMRK's artikel 8, til EU-chartret om grundlæggende rettigheder (som i øvrigt blot indrømmer ret til "respekt" for familielivet, bortset fra at det ikke var gældende ret i 2008) eller blot til ældre domspraksis (som ikke glimrer ved et højt karat af retlig gennemskuelighed). Artikel 8 faldt måske skævt i forhold til *Metock*-sammenhængen ved næppe at give ubetinget ret til familiesammenføring i forhold til tredjelandstatsborgere, som ikke har lovligt ophold. Således for eksempel F. Sudre, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, s. 120f.

vandrende arbejdstager *in spe* til at blive hjemme. Som Domstolen forestillede sig situationen, skulle denne 'kendsgerning' være udsigten til følgende hændelsesforløb: Under udlandsopholdet gifter i første runde unionsborgeren sig/danner par med en ulovlig tredjelandstatsborger. I anden runde viser det sig, at vedkommende ikke kan få opholdsret i værtsstaten, og/eller at unionsborgerens hjemstat ikke vil tillade ham indrejse på sit territorium den dag, unionsborgeren og livsledsageren måtte ønske at returnere.

Erkendt: Et sådant begivenhedsforløb kan forekomme. Det er derimod ganske uvirkeligt, at en så tydeligt hypotetisk eventualitet skulle kunne afholde en unionsborger fra at rejse ud. Man skal herved tænke på alle de utallige små og store praktiske, økonomiske og emotionelle vanskeligheder, som har tårnet sig op for enhver, inklusive en unionsborger, som vil slå sig med i en anden (medlems-)stat. Vel at mærke problemer, som ikke har afholdt ham/hende fra gå videre med sit udrejseprojekt. At perspektivet på det omtalte, hypotetiske ægteskab eller parforhold skulle få et eneste i øvrigt velovervejede EU-mobilitetsprojekt til at strande, er, og kan ikke være andet end, en spekulativ og fjerntliggende mulighed. Hvem vil i øvrigt, bortset fra nogle få EU-retlige specialister, overhovedet komme på tanken?

Det bør derfor ikke undre, at Domstolen lod det blive ved at fremmane skræmmebilledet. Alt læseren præsenteres for er, at der findes et beskyttelsesbehov, som angives som reelt, akut og tvingende. I betragtning af, at blive-hjemme risikoen endnu i præmisserne 62-66 indtog rollen som Domstolens væsentligste redningsplanke for at lande projektet om at flytte den reserverede kompetence fra medlemsstaterne til EU, kan fraværet af ethvert forsøg på at sandsynliggøre påstanden formentlig anses for en talende tavshed. Uden overgang sluttede Domstolen med andre ord blot endnu engang fra en postuleret tabsrisiko til eksistensen af en enekompetence til fordel for Fællesskabet til at regulere. Den ophøjede herved et nærmest tomt postulat om noget faktisk til en retlig kompetencefordelingsnorm.

5.9. For at det ikke skal blive overset bemærkes, at Domstolen ikke befandt sig i en situation uden nogen anden juridisk acceptabel udgang på konflikten for hånden. Domstolen kunne nemlig have nøjedes med at udtale, at "på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin⁴³ stod *Akrich*-retspraksis ved magt". Det havde ikke chokeret nogen. Ingen ydre magt på jorden tvang Domstolen til at handle i *Metock*, som den gjorde.

Var den selv uopmærksom på, at den skræmte med et billede uden reel rod i virkeligheden? Hvad drev den til at afsige en så radikal dom alene baseret på en fiktion om en "effektiv virkning" af nogle i forhold til den foreliggende konflikt ikke særlig klare konventionsregler om familieliv?

5.10. Hvad er, bliver næste spørgsmål, overhovedet *effet-utile*-metodens *raison d'être*? Dens plads og rolle i retskildehierarkiet er at ligne med en ypperste-judiciel sesam-sesam trylleformular, som dommerne eller deres flertal forholdsvis frit bringer i spil i de situationer, hvor de af institutionelle, dommerpersonlige, unionspolitiske eller andre svært gennemskuelige årsager ikke kan eller vil acceptere en kompetencemæssig eller materielretlig status quo.

⁴³ Det vil sige før næste traktatgivende regeringskonference.

Der er her tale om en domstolstilgang til brugen af fortolkningsmetoderne og retskilderne, der forekommer ret fremmedartet i forhold til moderne vesteuropæisk, og navnlig dansk, judiciel tradition. Hvorfor optræder de europæiske dommere så udfordrende? Hvad er i øvrigt deres mandat til at blande sig i afsigelsen af værdidomme, som de politisk-demokratiske institutioner end ikke har lagt ind i en spinkel juridisk ramme eller grundkonstruktion af *gældende*, nedskreven EU-ret? Selv om man for argumentationens skyld ville antage, at EF-domstolen i lighed med EMRK-domstolen skal vogte over ”a living instrument”, mønstrede Domstolen ikke i *Metock* overbevisende beviser eller argumentation til støtte for, at det levende EF-instrument havde, burde eller skulle fjerne den postulerede, omstridte restriktion eller barriere. Hvor er hjemmelen? Et par svar og antydninger af svar gives på disse og lignende spørgsmål i afsnit 7.

5.9. I præmisserne 67-69 gjorde Domstolen endnu, og nu sit sidste, forsøg på at overbevise om, at den omstridte reguleringskompetence måtte tilkomme Fællesskabet. Denne argumentation er overflødig, dersom man antager, at fuldt bevis allerede var ført for, at enekompetencen tilkom Fællesskabet.

I disse præmisser finder man et meget traditionelt diskriminationsargument, hvorefter ”[d]en fri bevægelighed for unionsborgere i en medlemsstat, hvor de ikke er statsborgere, ville [nemlig; i så fald, red.] variere fra medlemsstat til en anden afhængig af bestemmelserne i national ret om indvandring”. Imidlertid, i lighed med flere af de foran dokumenterede præmisudtalelser, indeholder præmis 67f en rigtig vurdering, men også én, som forudsætter det, Domstolen skulle bevise.

Variationer fra medlemsstat til medlemsstat af den omtalte type er nemlig ikke blot uundgåelige, men ligefrem tilsigtede følger af føderalistisk organiserede samfundsformer. Kernen i disse er netop, at den føderale retsorden/traktat fordeler kompetencer mellem en union og dens konstitutive dele. En central føderalisme-pointe er således at indføre et kompetencefordelingsprincip, som tvinger det politiske og retlige liv til at leve med variationerne og forskellighederne.

Dilemmaet, at variationerne er skabt af en føderalistisk organiseret traktat, var Domstolen naturligvis fuldt ud på det rene med. Dens næste argument i præmis 68 tjente derfor formentlig det formodede formål, at få traktatens mest fundamentale regler til at lyde, som havde traktaternes herrer på området for den fri personbevægelighed villet indføre én, ens og variationsfri retsorden. Med det formål for øje greb den nu normativt tilbage til EF-traktatens artikel 3(1), litra c), ifølge hvilken med Domstolens ord, for det første, ”[e]n sådan konklusion (til fordel for medlemsstatslig enekompetence) [...] ville være uforenelig med artikel 3(1), litra c) om et indre marked”; og, for det andet der i ”det indre marked” gælder ens ”betingelser for indrejse og ophold for en unionsborger” i en af unionsborgeren af egen fri vilje valgt værtsstat.

På ny er det anførte uimodsigeligt rigtigt, men også uden betydning for løsningen af *Metock*'s retlige problem, der jo handlede om, hvor langt der i artikel 39 var hjemmel til at gennemføre en ligestilling ved hjælp af forskrifter i den afledte ret⁴⁴.

⁴⁴ Domstolen afsluttede sin argumentation med - noget spekulativt - at påpege, at medlemsstatslig enekompetence kunne føre til ”paradoksale” situationer. Det er muligt, og endda sandsynligt men også en funktionel del af enhver føderalisme (som for eksempel den tyske eller kanadiske), der er baseret på en

5. 10. Responsumets konklusion følger efter afsnit 7.

6. Singh og Carpenter er ikke fortilfælde.

Den foranstående præmisgennemgang kan passende afsluttes med at sige et par ord om, hvorvidt dommene i *Singh* og/eller *Carpenter* var relevante fortilfælde i forhold til det problem, som *Metock* skulle løse? I den offentlige debat i Danmark i kølvandet på afsigelsen af denne dom blev det synspunkt fremført af flere kommentatorer, at *Singh* og *Carpenter* havde afgjort det hele – længe før *Akrich* og *Metock*.

Det rigtige er formentlig, at hverken *Singh*⁴⁵ eller *Carpenter* er gjort af retligt stof, der egner sig i rollen som principielle fortilfælde. Som sådanne behandlede *Metock* dem da i øvrigt heller ikke. *Singh* omtalte den slet ikke i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 1. Og *Carpenter*⁴⁶ kun i form af en meget almindelig holdt udtalelse om, at nogle korte sætninger i denne dom - på linje i øvrigt med de fem andre citerede domme - sagde noget relevant om formålet med direktiv 2004/38's beskyttelsesregler.

Der var i øvrigt tydelige både forskelle og ligheder mellem faktum i *Carpenter* og i *Metock*. Ligheden var navnlig, at (den senere) fru Carpenter opholdt sig ulovligt i Storbritannien, da hun indgik ægteskab med hr. Carpenter. Også hr. Metock havde ved ægteskabets indgåelse status som ulovlig udlænding. En mindre vigtig forskel var, at *Carpenter* handlede om reglerne om fri tjenesteydelsesbevægelighed mens de fri personbevægelighedsregler stod i centrum i *Metock*.

Det var et alvorligt problem i *Carpenter*, at fru Carpenter ikke var eller havde været EF-mobil- eller grænseoverskridende. Hun deltog ikke på nogen måde i sin mands erhvervsvirksomhed. Hun ledsagede ham ikke på hans rejser, hvor han solgte tjenesteydelser. Hjemme gjorde hun ikke andet end at passe hans børn af første ægteskab. Der hvilede derfor over sagen en tung atmosfære af, at deres forhold angik noget 'rent internt i en medlemsstat', som derfor ikke faldt ind under EU-reglerne. Sådan opfattede de engelske myndigheder da også situationen, da de besluttede at udvise hende til sin hjemstat, fordi hun opholdt sig ulovligt i UK.

forfatningsretligt aftale mellem stater om deling af kompetencer mellem 'forbundet' og 'delene' til at regulere et specielt livsforhold, kunne forekomme "paradoksale" situationer. Blandt andet er kanadisk statsret rig på veldokumenterede paradokser. Det skyldes, at de ikke blot forekommer som manna fra himlen eller en spion fra kulden. Derimod er de retligt indbyggede i og derfor uafværgelige følger af den til enhver tid gældende mellemstatslige, politiske aftale (traktaten) om selve kompetencefordelingen. EF-domstolens formålsinspirerede argumentation i præmisserne 68-69 underbygger derfor på ingen måde en juridisk analyse, ifølge hvilken EU ifølge aftalen er indehaver af *den omstridte enekompetence*. Præmis 68-69 udsiger i realiteten blot, at det følger af *den af EF-domstolen fremlagte vision om formålet* med EU på området for fri personbevægelighed, at EU *burde* have været gjort enekompetent i den omstridte henseende., men ikke et tungt argument for at gøre EU kompetent til at bestemme om, hvornår et første ophold i en medlemsstat er lovligt.

⁴⁵ *Singh* er omtalt i det foranstående som en konkret og mudret afgørelse, der af samme grund ikke havde stof i sig til at blive til et retningsgivende fortilfælde (ovfr. fn. 39 og teksten derover).

⁴⁶ I præmis 56.

Til dette principielle spørgsmål tog EF-domstolen slet ikke stilling. I stedet kaldte den hurtigt EU-reglernes ”fulde gennemslagskraft”/ *effet utile* til undsætning. Sprogligt blev dette, som altså var Domstolens hovedargument for sit resultat til fordel for fru Carpenter, udformet som et uprincipielt argument om de påståede effektive virkninger under ét af reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser og ægtefællernes angivelige ret til familieliv⁴⁷. Hans rejsevirkomhed blev lettet, fremhævede Domstolen, af, at han vidste, at hans børn var i gode hænder, når han rejste udenlands. Kun ved på denne måde i realiteten at sammensmelte to helt forskellige retlige byggeklodser i en sætning, håbede Domstolen, at den kunne bygge en lille, spinkel bro mellem EU-reglerne, familieretten og familien Carpenters livsforhold⁴⁸. At det reelt lykkedes, er mere end tvivlsomt. Fru Carpenter slap med skrækken. Det er alt sammen forhold, der kraftigt svækkede *Carpenter’s* potentielle værdi som fortilfælde. Her gemmer sig formentlig forklaringen på, at Domstolen næsten ikke omtalte dommen i *Metock*.

7. Om fortolkende og retsskabende domme, judiciel rolleudførelse og aktivisme.

Dette afsnit anskuer i forskellige henseender *Metock* i kontekst. Den første handler om, hvad det egentlig er, som går forud for, at EF-domstolen afsiger en dom, som overrasker. Måske endog overrasker så meget, at resultatet slet ikke kunne foregribes eller kun forudses af en ganske lille kreds af domstols-specialister.

Selv om en EF-dom lander med et resultat langt fra selv de indsigtfuldes prognoser, forklarer den dominerende sprogbrug om dette problem, at Domstolen har *fortolket* de omstridte regler eller huller mellem reglerne. Den gør således ikke gør andet end at *finde meningen* med gældende EU-ret, navnlig traktaterne, direktiverne og forordningerne – andres meninger vel at mærke. Den underliggende tankegang er, at EU’s politikere under forhandlingerne om retsakterne selvfølgelig gør deres bedste for at gøre dem let forståelige og anvendelige for retslivet i EU og medlemsstaterne. Politikerne er dog af grunde, som de ikke selv kan gøre noget ved, næsten prisgivet til at fremstille mangelfulde retsakter. Det skyldes blandt andet, at lovtæksterne i reglen skrives under tidspress, langtrukne forhandlinger og ved hjælp af uigennemskuelige kompromisser⁴⁹. En mere eller mindre utilsigtet konsekvens heraf bliver, at dele af EU-lovene er svære at forstå og derfor at anvende for lovgivere, domstole, forvaltninger, virksomheder og borgere i medlemsstaterne. I mange tilfælde bliver det nødvendigt med en EF-dom, der erstatter uklarhed med ny klarhed.

Domstole overalt i verden fortolker og fjerner tvivl om loves indhold på denne måde. I den proces skaber de også regelmæssig ny ret. Set med en demokratisk vinkling in mente, er dommerskabt ret for samfundet des lettere at godtage/absorbere, des mere selvtilbageholdenhed dommerne udviser. Man kan også sige, at skønt fortolkning i et vist omfang indebærer, at dommerne skaber ny ret, er det nødvendigt og kan tolereres, så længe det sker i passende, mindre mængder. Mange anvender sprogbrugen, at domstolene til og med denne grænse udviser forudsat ’tilbageholdenhed’ (fra amerikansk *self restraint*).

⁴⁷ *Carpenters* præmisser 40 ff.

⁴⁸ Der kan her henvises til, hvad allerede over fn. 42 er anført om artikel 8’s rækkevidde..

⁴⁹ Det kan formentlig ikke være meget anderledes, når 27 lande og 7-800 EP-medlemmer skal finde sammen om en lovtækt.

Derfra og til og med det mest uforudsigelige, policy-orienterede, kreative og forfatningsskabende begynder diskussionerne om illegitim og grænseoverskridende juridisk rolleudførelse, der angiveligt næres af dommernes individuelle, filosofiske og samfundspolitiske orienteringer og visioner. Under ét, omtaler man tit dette fænomen som 'dynamisk fortolkning', skønt terminologien forleder mange til forkert at antage, at den dynamiske domstol *fortolker* i den anførte betydning. Det gør den imidlertid ikke, eller kun undertiden. I situationer, hvor de internationale eller nationale dommere har lagt selvtilbageholdenhed bag sig, er 'aktivisme' i hvert fald en bedre sprogbrug. At *Metock* er en sådan aktivistisk dom er påvist i afsnit 5. Et illustrativt udsnit af EF-domstolens andre aktivistiske retspraksisser er omtalt andetsteds i dette responsum og flere markeres i følgende fodnote⁵⁰. For en ordens skyld bemærkes, at aktivisme-diskussionerne i europæisk sammenhæng ikke alene fokuserer på EF-domstolen - men tillige og navnlig på EMRK-domstolen (EMD)⁵¹.

Den fornemme amerikanske politolog og professor Anne-Marie Slaughter har, som allerede anført, redegjort for, at de fleste domstole, og i udtalt grad EF-domstolens, domsstil udgør en maske og et skjold⁵². Ved hjælp af disse rekvisitter håber dommerne at opnå at forlede

⁵⁰ I alle fem følgende domme/retspraksisser har EF-domstolen taget af EU-landenes ikke-overladte suverænitet på andre politikområder end den fri bevægelighed. Den femte retspraksis handler om den dommerskabte udvikling af unionsborgerretten. De udgør et meget lille, men illustrativt udpluk af EF-domstolens efterhånden herostratisk berømte, forfatningsskabende retspraksis.

1) I 1964 indførte *Costa mod ENEL* (Sag 6/64, Saml. 1964, s. 531) EU-rettens forrang for danske regler, herunder alle regler i den danske grundlov. Skønt dette indebærer, at dersom EU-retten bestemmer noget andet end grundloven, gælder den danske grundlov ikke (mere), var der ikke i ordlyden af én eneste artikel i EF-traktaten støtte for Domstolens resultat – hverken resultatet i denne eller de følgende 4 domme.

2) Året før var princippet om EU-rettens direkte virkninger blevet indført (*van Gend en Loos*; sag 26/62, Saml. 1963, s.1). Dette, som begyndte som direkte virkninger af traktaten, men bredte sig til talrige bestemmelser i blandt andre EU-direktiverne, betyder, at EU-reglen begynder at gælde i Danmark straks efter dens udstedelse – og sågar før. Denne retspraksis satte mange af Traktatens suverænitetsbeskyttende regler skak mat.

3) I 1991 fulgte en pligt for en medlemsstat til at betale erstatning til EU-borgere for tab, de lider ved statens overtrædelse af EU-retten. Skulle nogen være i tvivl, drejede det sig på ingen måde her om at fjerne politikere skabte uklarheder ved fortolkning (Sag C-6 og 9/90, *Francovich*, Saml. 1991, s. I-5403).

4) Uden tydelig hjemmel i Traktaten indførte EF-domstolen dernæst - i september 2005 - en overstatslig regel om skatteret. Herefter kan EU tvinge medlemsstaterne til at indføre nye strafferetlige regler, skønt strafferetten nærmest uden undtagelse ansås at udgøre den nationale suverænitet arvesølv.

5) Sidste eksempel er hentet fra EU-borgerskabsretten, hvori EF-domstolen meget innovativt indlæste nogle eksplosivt vidtrækkende retsvirkninger. Et bredt udsnit af de relevante domme er omtalt i fn. 5. Borgerskabsretspraksis gik stik imod, at Maastrichttraktaten i 1993 nærmest indførte dette som et retligt (stort set) betydningsløst pynt - til glæde for den spanske regering. EF-domstolen anså det for en uorden, at Traktaten gav blot gav lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende EU-rettigheder i deres egenskab af (blot økonomiske) produktionsfaktorer. I den ny orden, som Domstolen indførte uden hjemmel i Traktaten frigjorde den dem og næsten alle andre EU-borgere. I et grænsefrit EU-samfund begyndte den for en halv snes år siden at udvikle dem til frie individer, udrustede med hidtil ukendte rettigheder mod medlemsstaterne. *Metock* er blot det seneste udslag af denne rebelske retspraksis.

6) Der er tillige de mange domme, som uden hjemmel i traktaten gav Fællesskabet udenrigshandelspolitisk handleevne, begyndende med dommen i Sag 22/70, *AETR/Kommissionen mod Rådet*, Saml. 1971, s. 263; se til sidstnævnte emne min EU-ret i Kontekst, 5. udgave. Thomson, 2003, ss. 378ff. og 694.

⁵¹ Se for eksempel Berlingskes kronik for 20.02.09; skrevet af Jacob Michangama.

⁵² "The Court for many years used the style and logic of legal argument, as well as the pervasive myth of judicial value neutrality, to mask its policymaking and as a shield against criticism and accusations of judicial activism and of abuses of its institutional powers. The shielding effect lasted as long as few people understood

læsere til at tro, at det læste fuldt ud loyalt redegør for ordenes, teksternes og konteksternes mening tilsat lidt dommerindsigt i lovgivernes formål og hensigter. Analysen navnlig i afsnit 5 tillod læseren at arbejde sig om bag masken og skjoldet. Først deromme, i dommernes baglokale om man så må sige, kan læseren vurdere, om den konkrete dom er aktivistisk eller skal rubriceres i den selv-tilbageholdende kategori. Det er her, det skal vise sig, om førstehåndsindtrykket af retlig logik og argumentativ nødvendighed svarer til virkelighedens gældende ret.

Ser man på alle Domstolens retspraksisser under ét tegner sig et broget billede. En hel del domme er klart og tydeligt præget af en retlig tilbageholdende søgen efter den oprindelige mening eller intention med lovgivningen. På disse rets/politikområder dominerer solidt og jordbundet fortolkningsarbejde, som inddrager alle anerkendte retskilder⁵³. Andre retspraksisser tegner et radikalt anderledes billede, domineret af meget frie tilgange i Domstolens søgen efter at retfærdiggøre sit foretrukne domsresultat. Her er bag masken ikke mange spor af respekt for teksterne og de oprindelige intentioner.

Metock-analyserne illustrerer godt, at læseren først 'omme bagved' opnår fuld forståelse og klarhed over, at Domstolen i denne sag var opsat på ikke at tillade tekst og intentioner at legitimere traktatens kompetencefordeling. Fordelingen skulle lægges om. For at fremme sin sag blev Domstolen i sine ræsonnementer mere og mere frit retsskabende, kulminerende med nogle reelt indholdsløse påstande om, hvad der følger af reglernes effektive virkninger/*effet utile*.

Lidt firkantet sagt er forskellen på dommers fortolkende og retsskabende virksomhed, at kun førstnævnte primært sigter på, under indtryk af retsreglens ord og eget formål, at udfinde andres mening med et direktiv, mens sidstnævnte drejer sig om i større eller mindre grad at indskrive dommernes frie, egne meninger i den omstridte traktat- eller lovtekst. Den retsskabende dom formulerer normativt, hvad gældende ret ifølge dommerflertallet ikke var før dommen, men hvad den efter en unionsinspireret åbenbaring *burde være*. Sidstnævnte repræsenterer en slags vision om ret, hvis forhåbning må være straks eller senere at blive godtaget og efterlevet af samfundet omkring Domstolen som en (ny) del af gældende ret.

Det er fint. De danske og tyske diskussioner om ikke-efterlevelse af henholdsvis *Metock* og *Mangold*⁵⁴ er samtidig fuldt legitime, juridisk helt korrekte situationer. Der er i demokratiske landes praksis en almindelig regel for god, folkevalgt opførsel. Ifølge den kritiserer parlamenter og regeringer ikke offentligt domstole, som vogter over grundlovmæssigheden af politikernes egne embedshandlinger. De 'lystrer' ofte domme, de er uenige i, uden at reflektere over hvorfor. Erfaringerne fra 35 års dansk EU-medlemskab er, at de landet endog retter sig efter domme, mange – med større eller mindre sikkerhed – mener, er afsagt uden for de overførte kompetencer.

that the Court was more than a court of law. When the mask fell, the shield broke and permitted problems associated with a decline in judicial authority and legitimacy to emerge and grow. Decline continues up until the present day." Burley and Mattli, *Europe before the Court: A Political Theory of Integration*, (1993) 47, International Organisation, pp. 41-76. Også omtalt ovenfor fn. 22.

⁵³ Som for eksempel konkurrenceret, fri varebevægelser og andre.

⁵⁴ Omtalt i det foregående over fn. 15 og teksten derover.

I Danmark er de folkevalgtes opførsel særdeles velbegrunder, fordi danske dommere altid respekterer deres del af den bagvedliggende pagt og afsiger reelt ikke grænseoverskridende 'politiske' afgørelser⁵⁵. De udviser selv-tilbageholdenhed i store mængder. Det samme er ikke tilfældet i Fællesskabet. Her er diskussioner om ikke-håndhævelse af grænseoverskridende domme formentlig uundgåelige i et judicielt univers domineret af dynamisk retsskaben og aktivisme. At det forholder sig således, og må forholde sig således, påviste dette respons forfatter allerede i en bog fra 1986⁵⁶.

Den lige førte diskussion om domstoles grænseoverskridende forfatningsskabelse og aktivisme, som kan føre til afsigelsen af ulovlige og ineksekverede domme⁵⁷ er således af ældre dato. Alligevel er den ikke nævneværdigt indarbejdet i den danske offentlige debat. Uden for landets grænser er man mere fortrolig med den, navnlig i faglitteraturen⁵⁸. V. Constantinesco, der er EU-rets professor ved det prestigefyldte Strassbourg-universitet, har kort og eksakt sagt, at den normative Domstol, under indflydelse af sin egen "political vision", svinger fra "Law to Politics"⁵⁹. En af EU-rettens mest anerkendte professorer, Professor Joseph Weiler fra de berømte, amerikanske (Ivy League) Columbia og New York Law Schools, har skarpt kaldt det naivt at tro, at Domstolen blot "værner om lov og ret"⁶⁰, idet dens domme nok så ofte er afsagt under inspiration af "a political conception" af Fællesskabet, som dommerne vil udvikle til en mere integreret union⁶¹.

I skrift og tale fortæller de fleste af dommerne, at den enkelte dom er et resultat af en logisk, værdineutral og strømlinet tankeproces, der leder direkte fra de ord, som findes i traktaten og/eller den skrevne ret i øvrigt og til, hvad Domstolen fortæller, de betyder⁶². I

⁵⁵ 'Politik' betyder i øvrigt hverken ikke partipolitik eller et forbud mod afgørelser med politiske konsekvenser. Det er de individuelle (stor-)politiske lodder, som de skal holde sig fra at lægge i fru Justitias vægtskåle, mens domspræmissen bliver til. Jeg har allerede sagt og dokumenteret, at det bud har Domstolen ofte forbrudt sig imod i løbet af de seneste 30-40 år.

⁵⁶ On Law and Policy in the European Court of Justice, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Holland, 1986, navn ss. 301-363.

⁵⁷ Om terminologien, se fn. 32 og teksten derover..

⁵⁸ Analyser og kritik af EF-domstolens aktivistiske rolleudførelse, som dette respons handler om med udgangspunkt i dommen i *Metock*, er ikke af helt ny dato. En tidlig artikulering findes i Hjalte Rasmussen, "On Law and Policy in the European Court of Justice" fra 1986 (Martinus Nijhoff, Dordrecht, Holland). En af hovedanbefalingerne i denne bog var, at EF-domstolen burde overveje at nedtone sin allerede dengang meget synlige pro-unions aktivisme. Antagelsen var, at en aktivisme næppe er holdbar i det lange løb, hvis den for ofte annekterer beføjelser, som mange medlemsstater regnede med at have reserveret for sig selv. Man må da nemlig kalkulere med den mulighed, at tryk avler modtryk. Modtrykket kan hidrøre fra hele gruppen af medlemsstater eller fra enkelte af dens medlemmer. Bogen dokumenterede et antal tilfælde, hvor sådant modtryk allerede var kommet til orde før 1986, navnlig fra domstole og lovgivere i medlemsstaterne (ss. 301-383). Siden 1986 følger mange andre situationer sig til rækken af markeringer af, at Domstolens rolleudførelse stadig ægger til medlemsstatslig modstand. Et par gode illustrationer af denne tendens er de tyske og danske Maastricht-ratifikationsdomme. Den nuværende danske og tyske ikke-håndhævelsesdiskussioner og deres elementer af en spirende revolte fortjener en plads i denne sammenhæng; se om disse fn. 16 og teksten derover.

⁵⁹ The ECJ as a Lawmaker, i: Judicial review in the European Union, Festskrift til Lord Slynn of Hadley, O'Keeffe (m.fl.) redaktør, Kluwer Law International 2000, Haag, s. 78.

⁶⁰ Det er Domstolen ifølge traktatens artikel 220 forpligtet til.

⁶¹ Citaterne er fra Jacquesons bog citeret i fn. 14, på s. 52.

⁶² Det er for eksempel det dominerende budskab i bogen Judicial and Academic Conference, hvis artikler er skrevet af ledende dommere som for eksempel F. Dumon, H. Kutscher, P. Pescatore og J-P. Warner, Luxembourg, 1976. Bogen blev udgivet af Domstolens pressetjeneste. En anden god illustration finder man i: R. Lecourt, L'Europe des juges, Bruylant, Bruxelles, 1976. Da han skrev denne bog var Lecourt præsident for Domstolen. Uanset, hvor man

maskinrummet derimod ser situationen tit ganske anderledes ud. Her er målet at presse EU-integrationen langt videre i bredden og navnlig i dybden med en intensitet og hast, som få af Traktatens ret suverænitet beskyttende forfattere havde forestillet sig – endsige ønsket. Sigtet er, med lidt andre ord, næsten hver gang at gøre EU til en politisk retsorden, som stedse er bedre udrustet til at modstå medlemsstaternes mulige, suverænitetinspirerede (fjendtlige?) overtagelsesforsøg. Der skal komme en overlevelsesegnet politisk union ud af det, uanset aktionens konsekvenser for EU-landenes reservede suverænitet.

Den sidste kommentar er et svar på spørgsmålet, om aktivisme-problemet i virkeligheden er så stort, dersom man kan antage, at lovgiverne efter en 'forkert' dom blot kan rulle retstilstanden tilbage til tiden før dommen? Hvis ja, vil 'skaden' jo være udbedret? Rette svar er imidlertid, at denne mulighed ikke er for hånden i de talrige situationer, hvor Domstolen har fremstillet et konkret domsresultat, som fulgte det for eksempel direkte af en regel i traktatens artikel 39 eller af artiklerne 39, 17 og 18 i forening. Gør Domstolen det, er situationen reelt blevet irreversibel. Det er den for det første, fordi der så skal en ny, vanskelig opnåelig, traktatskrivende regeringskonference til for at genskabe situationen *ex ante*. For det andet, fordi medlemsstaternes politikere næsten uden undtagelse fravælger denne mulighed og i stedet gør, som Domstolen dekretterer. Det er allerede sagt i det foranstående.

For det tredje og ikke mindst, fordi mange folkevalgte i medlemsstaterne af to ondt tilsyneladende vælger det 'mindste'. De accepterer hellere et (nyt) tab af suverænitet end at gribe til muligheden for skarpt at tage afstand fra et domsresultat, som de anser for afsagt uden for de til EU overladte beføjelser. Mange vender sig instinktivt imod at tage det ultimative skridt i erkendelse af, at en EU-retsakt, dom eller lov, er *ulovlig*, dersom den er udstedt uden for de overførte kompetencer. Det er jo netop derfor, der er mulighed for at unnlade håndhæve den i Danmark⁶³. Den i fn. 30 omtalte ledende artikel sagde om *Metock*, at "it certainly does not warrant an anti-court revolution" - dog uden at forklare hvorfor ikke. Det kan tænkes at være, at dommen i sammenligning med mange af dens aktivistiske forgængere er en 'lille' dom. Det er den dog blot i betydningen, at den kvantitativt kun flytter lidt kompetence fra medlemsstaterne til Fællesskabet. Er det rette forklaring, er den svær at følge, idet en hvilken som helst uhjemlet EF-annektering af medlemsstatskompetence kvalitativt udgør et stort lovbrud.

8. Responsumets konklusion.

Domstolen nærmede sig undervejs i sine præmisser en opfattelse af Fællesskabets kompetence i henhold til artikel 39f i traktaten, hvorefter denne nærmest anses for at være ligefrem proportional med foreliggende behov for at eliminere endog fjerntliggende og ret hypotetiske restriktioner på unionsborgernes fri bevægelighed og opholdsret.

ser hen, er forfatterne nærmest uden undtagelse enige om, at Domstolen, i hvert fald på papiret, skal vise og viser stor respekt for teksterne og deres oprindelige betydninger. Alt andet ville da også være at lade hånt om, at det er her traktatforfatterne deres overenskomster mht. Fællesskabets beføjelser og deres grænser. Budskabet til offentligheden er gyldigt, selv om de dommere, som afsendte det, havde fingrene krydsede bag ryggen.

⁶³ Højesterets dom i UfR 1998 800H.

Derved satte Metock-domstolen sig utvivlsomt ud over attributionsprincippet i artikel 7. Retstilstanden er ikke den, den postuleres at være, men den som følger af en prognose af, hvad der er gældende ret baseret på artikel 39f's ord, tekster og kontekster forlænget med en rimelig afrunding under hensyntagen til formålet med Fællesskabets regler om fri bevægelighed for statsborgere i medlemsstaterne – men ikke tillige med hensyntagen til det i realiteten ukendte formål med hele integrationsprojektet. Formålet er at gøre statsborgerne intra-kommunitært mobile, om nødvendigt ved i rimeligt, men formodningsvis mest mulig begrænset omfang, tillige at frigøre deres familiemedlemmers mobilitet sammen med unionsborgeren fra hjemstaten til værtsstaten. Metock-dommen handler herefter ikke om loven, som den er, men som den i Domstolens øjne burde være i en stadig mere perfekt og effektiv union⁶⁴.

Trods alle Domstolens anstrengelser på at bevise det modsatte, forstærkes indtrykket hele vejen gennem analyserne af præmisudtalelserne, at kompetencen til at regulere, under hvilke betingelser en relevant tredjelandstatsborgers ophold i en værtsstat er lovlig eller ulovligt, herunder om forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat skal være en betingelse, altid har ligget hos medlemsstaterne og fortsat ligger der - uanset *Metock*.

Selv om man for argumentationens skyld ville antage, at EF-domstolen i lighed med EMRK-domstolen skal vogte over "a living instrument"⁶⁵, mønstrede Domstolen ikke i *Metock* overbevisende beviser eller argumentation til støtte for, at det levende EF-instrument havde, burde eller skulle fjerne betingelsen om forudgående lovligt ophold i en anden medlemsstat.

Fra et hverdagsmenneskeligt perspektiv er der noget verdensfjernt over dommen. Der er en krank, en skinger tonalitet over dens udsagn. Det forekommer, at dommens resultat giver bedst mening, dersom det ses som en brik i et stort puslespil. Det er i givet fald ét, som fremstiller en europæisk union med dommerskabt retlig ligestilling i forhold til alle reglerne om den fri personbevægelighed og familiesammenføring mellem statsborgere i medlemsstaterne og statsborgere fra tredjelandstats⁶⁶.

⁶⁴ Man må antage, at det er med velberåd hu, at Domstolen aldrig har begrundet en ny forfatningskabende dom med, at den omstridte traktatregel i sin ny version yder et mere slagkraftigt bidrag til dannelsen af den stadig snævrere føderale union. Sagde den det, ville en diskussion straks bryde ud om, hvad for en union, præambelen egentlig havde for øje. Og det er et af Unionens største folkelige problemer, at ingen formentlig kender svaret på det spørgsmål. Mange har derimod konfliktende meninger. Med udgangspunkt i disse ville dommene kunne kritiseres for at bidrage til en 'forkert' union. Hvorefter situationen let kunne komme ud af kontrol. At henvise til, at en given fortolkning er nødvendig, for at reglerne kan få deres effektive virkninger, er et langt bedre skjold mod utidig indblanding i dommernes forestillingsverdner. Ganske vist kan det mest 'effektive' være tusind forskellige ting afhængig af øjnene, som ser. Imidlertid, i mangel af en objektiv standard er det svært seriøst at diskutere, om den ene effektivitet er bedre end den anden. Derfor spørger dette responsum, hver gang de effektive virkninger føres frem, ikke om de er gode eller dårlige, men om Domstolen har bevist, at der er hjemmel til resultatet, dersom man ser bort fra effektivitetsargumentet.

⁶⁵ Mærk, at Domstolen heller aldrig har henvist til traktaterne som et levende instrument; muligvis af årsager, der kan minde om dem i foregående fodnote omtalte.

⁶⁶ Se hertil Hjalte Rasmussen, EF-domstolen i det 21. århundrede – en mindre dynamisk rolleudførelse, Juristen, nummer 2, februar 2008, ss. 49-60.

